

1915.

Годъ 23.

УЧЕНЫЯ ЗАПИСКИ

ИМПЕРАТОРСКАГО

ЮРЬЕВСКАГО УНИВЕРСИТЕТА.

АСТА

39748

ET

COMMENTATIONES

IMP. UNIVERSITATIS JURIEVENSIS

(OLIM DORPATENSIS).

№ 3.

ЮРЬЕВЪ.

Типографія К. Маттисена.

1915.

1915.

Годъ 23.

УЧЕНЫЯ ЗАПИСКИ

ИМПЕРАТОРСКАГО

ЮРЬЕВСКАГО УНИВЕРСИТЕТА.

№ 3.

ЮРЬЕВЪ.

Типографія К. Маттисена.

1915.

Печатано по опредѣленію Совѣта Императорскаго Юрьевскаго
Университета.

Юрьевъ, 6 марта 1915 г.

№ 739.

И. об. Ректора, Деканъ М. Крашенинниковъ.

СОДЕРЖАНІЕ.

Научный отдѣлъ

Стр.

Проф. К. Сентъ-Илеръ. Планъ изслѣдованія Ковденскаго залива и его окрестностей	1— 21
--	-------

Приложенія.

Проф. П. П. Пусторослевъ. Русское уголовно-судебное право	177— 256
Проф. Вар. А. Л. Фрейтагъ-Лоринговенъ. Матеріальное Право Проекта Вотчиннаго Устава. (Томъ II) I—X и 1—176	

Проф. К. Сентъ-Илеръ.

Планъ

**изслѣдованія Ковденскаго залива
и его окрестностей.**

Пять лѣтъ уже мы работаемъ въ заливѣ Ковды, представляющемъ собой часть Кандалакшской губы. Подъ словомъ „мы“ я подразумѣваю себя и своихъ учениковъ — студентовъ Юрьевского Университета. За это время собранъ большой матерьялъ и сдѣлано много наблюденій надъ жизнью и отчасти анатоміей мѣстныхъ животныхъ. Но параллельно съ этимъ намѣтился цѣлый рядъ вопросовъ не только зоологическихъ, но и общегеографическихъ. Въ этомъ году мы поставили себѣ задачей разрѣшить рядъ такихъ основныхъ вопросовъ и уже приступили къ выполнению этого плана, но должны были покинуть Ковду изъ-за начавшихся военныхъ дѣйствій.

Не знаю, удастся ли мнѣ какъ-нибудь попасть туда въ будущемъ, поэтому мнѣ хочется дать для изслѣдованія этой интересной мѣстности программу, которую я въ настоящее время представляю себѣ довольно ясно. Надѣюсь, что она можетъ послужить основаніемъ для дальнѣйшихъ изслѣдованій Ковденскаго залива для тѣхъ лицъ, которые захотѣли бы имъ заняться.

Въ смыслѣ зоологическаго изслѣдованія сдѣлано уже довольно много, такъ что въ этой области придется коснуться главнымъ образомъ деталей, но геологія и физическая географія требуютъ еще много работы. Съ нихъ и придется намъ начать. Географическія изслѣдованія сильно облегчаются тѣмъ обстоятельствомъ, что въ этомъ году была сдѣлана детальная съемка, произведенная партіей инженеровъ для выясненія пригодности залива для порта.

Если посмотрѣть внимательно на карту всей этой мѣстности, начиная отъ Кандалакши до Керети, то совершенно ясно видно, что какъ полуострова, такъ горные хребты и долины вытянуты съ сѣв.-запада на юго-востокъ; въ этомъ же направленіи вытянуты

и лежащіе въ этихъ долинахъ ряды озеръ. Только въ нѣкоторыхъ мѣстахъ, напр. южнѣе Ковдозера, долины вытянуты съ запада на востокъ. Вся мѣстность носить явные слѣды ледниковаго происхожденія, и по картѣ можно себѣ ясно представить, какъ двигался ледникъ. Многія озера очень узки и напоминаютъ рѣчки, особенно напр. лежащее на сѣв.-западъ отъ Ковдозера — оз. Толвантъ. Озера соединяются между собой порожистыми рѣчками и образуютъ цѣлыя системы, причемъ вслѣдствіе заболачиванія эти вытянутыя озера часто распадаются на рядъ т. наз. ламбинъ т. е. маленькихъ озерковъ (по фински — лампи).

На западъ отъ Кандалакшской губы лежитъ большое Ковдозеро, площадью около 600 кв. верстъ съ массою острововъ на немъ; мѣстные жители считаютъ ихъ 367. Многіе изъ нихъ скалисты, другіе же слагаются изъ валуновъ. Ковдозеро имѣетъ нѣсколько выходовъ къ морю: главный изъ нихъ — черезъ озеро Сѣрякъ и Орлово и черезъ рѣчку Ковду, которая впадаетъ въ море около деревни Ковда. Къ этой системѣ присоединяется еще губа Тупья, которая рядомъ ламбинъ соединяется съ оз. Сѣрякъ. Второй выходъ — черезъ рядъ мелкихъ озеръ и маленькихъ рѣчекъ въ конецъ Старцевой губы; по картѣ, правда, полного соединенія здѣсь нѣтъ, но фактически оно существуетъ. Наконецъ, третій выходъ — также не вполне опредѣленный черезъ рядъ ламбинъ къ Княжьей губѣ. Прямой связи здѣсь нѣтъ, но она прекрасно намѣчается болотами и ламбинами; зато этотъ выходъ самый короткий и самый интересный.

Дѣло въ томъ, что здѣсь на этомъ переходѣ или какъ по мѣстному говорятъ — тайболѣ — отъ Княжьей къ губѣ Подтайбальной на озерѣ, найдены отложенія, которыя ясно указываютъ на связь озера съ моремъ: въ особой рыхлой породѣ, состоящей изъ крупнаго песка, найдены въ большомъ количествѣ раковины моллюсковъ и *Rhynchonella*, которыя и теперь встрѣчаются въ прилежащихъ областяхъ Бѣлаго моря. Эта порода выступаетъ въ нѣсколькихъ мѣстахъ по этой тайболѣ. Нахожденіе раковинъ съ несомнѣнностью указываетъ на то обстоятельство, что здѣсь было когда-то море, т. е. что Княжая губа продолжалась когда-то въ средней своей части дальше вглубь. Порода съ отложеніями была здѣсь найдена въ прошломъ году ботаникомъ изъ Гельсингфорса г-номъ Линдбергомъ. Еще интереснѣе нахожденіе нами подобныхъ раковинъ на берегу Ковдозера въ губѣ Подтайбальной, а также и на берегу одного острова, лежащаго на полъ-пути къ дер. Коненковдозерской.

Онѣ лежатъ здѣсь на поверхности прямо на пескѣ, очевидно вымытыя изъ какой-то породы.

Эти факты, мнѣ думается, указываютъ на то, что все Ковдозеро есть бассейнъ, отдѣлившійся въ сравнительно недавнюю геологическую эпоху отъ моря, о чемъ свидѣлствуютъ раковины, сходныя съ современными. Произошло затѣмъ опрѣсненіе. Связь съ Княжой губой теоретически восстанавливается.

Теперь являются вопросы: не происходило ли соединеніе съ моремъ и по другимъ указаннымъ выше выходамъ Ковдозера къ морю, т. е. вдоль рѣки Ковды и по направленію къ Старцевой губѣ. Отвѣтъ на этотъ вопросъ должно дать нахожденіе остатковъ животныхъ. Вообще необходимо выяснитъ мощность залеганія этой породы съ раковинами моллюсковъ и простираніе ея, чтобы выяснитъ границы прежняго моря. Въ частности надо хорошенько осмотрѣть и другой берегъ низины, соединяющей Княжу съ Ковдозеромъ; мы шли по лѣвому, если считать отъ Княжой. При изслѣдованіи мощности породы надо воспользоваться буреніемъ. Чтобы понять процессъ образованія описанной породы, надо тщательно изучитъ встрѣчающіяся тамъ раковины, чтобы выяснитъ условія, при которыхъ онѣ жили: есть ли это представители холодно-водной фауны и болѣе теплой, есть ли это иловыя формы или песчаная, къ какой зонѣ онѣ относятся и т. д. Надо постараться выяснитъ время ихъ отложенія и сравнитъ детально съ современными формами; въ этомъ послѣднемъ отношеніи могутъ имѣть значеніе наши находки въ Ковденскомъ заливѣ около остр. Высокаго на самомъ берегу слоевъ песка съ такими же приблизительно раковинами.

Указанные факты могутъ быть разсматриваемы съ точки зрѣнія вопроса объ отрицательномъ движеніи берега Бѣлаго моря и поднятія суши. Можетъ быть наша мѣстность дастъ въ этомъ отношеніи болѣе вѣскія данныя, чѣмъ до сихъ поръ были получены. Эта связь Ковдозера съ моремъ должна конечно отразиться и на всемъ строеніи мѣстности около Ковды, такъ какъ она находится въ тѣсной зависимости отъ озера. Вообще подлежитъ тщательному изслѣдованію вся мѣстность отъ сѣверной части Ковдозера и до параллели Тикшеозера и Черной рѣки.

Ковдозеро лежитъ довольно высоко надъ уровнемъ моря, о чемъ можно судить по ряду пороговъ на рѣкѣ Ковдѣ; надо конечно опредѣлитъ высоту его положенія.

Если длинныя вытянутыя озера имѣютъ повидимому ледни-

ковое происхождение, то происхождение Ковдозера — иное, какъ и нѣкоторыхъ другихъ большихъ озеръ.

Изученіе флоры и фауны озеръ на этой части материка можетъ дать указаніе на ихъ происхождение и возрастъ, но конечно такія изслѣдованія едва ли выполнимы при обиліи другихъ задачъ.

Если разсматривать западный берегъ Кандалакшской губы, то невольно бросается въ глаза сходство въ конфигураціи береговъ Ковденскаго залива и залива, лежащаго южнѣе, въ которомъ расположенъ остр. Великій. Это наводитъ на мысль объ общихъ причинахъ, вызвавшихъ ихъ образованіе.

Высокій полуостровъ Толстикъ отдѣляетъ отъ губы Кандалакшской Ковденскій заливъ или вѣрнѣе его часть. — Старцеву губу, которая тенется въ сѣв.-зап. направленіи.

Ковда весьма удобна для изученія ледниковыхъ отложеній и также процессовъ отрицательнаго движенія берега, который несомнѣнно здѣсь совершается. Въ настоящее время мы имѣемъ только намеки на такое изученіе и необходимо выработать подробный планъ его.

Толстикъ, подымающійся на 567 фут. надъ уровнемъ моря, состоитъ посрединѣ изъ массивныхъ породъ, склоны же къ морю покрыты валунами, которые подымаются довольно высоко и продолжаются ввидѣ гряды въ море. Валуны по берегу моря очень крупные, обточенные и имѣютъ разнородное строеніе, причемъ бросаются въ глаза нѣсколько типовъ ихъ. Во многихъ мы находили гранаты. Интересно было бы изучить ихъ петрографически и постараться выяснитъ мѣсто ихъ происхожденія. Интересно, что лежащій противъ этого берега большой остр. Вачевъ имѣетъ такое же строеніе, т. е. средняя часть состоитъ изъ массивной породы, а берега покрыты полосой валуновъ.

Толстикъ къ востоку понемногу понижается и въ этомъ направленіи недалеко отъ его вершины лежитъ озеро; ихъ, какъ говорили мѣстные жители, было два, но одно исчезло вслѣдствіе заболачиванія. Интересно выяснитъ ихъ происхожденіе и судьбу. Изслѣдовать ихъ надо во всѣхъ отношеніяхъ, т. е. ихъ берега, грунтъ, свойства воды, флору и фауну. Особенно конечно интересно выяснитъ, есть ли рыба въ этомъ столь высоко лежащемъ озерѣ.

Параллельно Толстику тянется посреди Старцевой губы большой островъ Оленій или Горѣлый (около 10 верстъ въ длину и 2 въ ширину). Онъ раздѣляетъ Старцеву губу на двѣ части: соб-

ственно Старцеву, прилежащую къ матерiku, и Горѣлую губу, прилежащую къ Толстику. За островомъ между Старцевой и Горѣлой лежитъ такъ называемое Канское море. Строеніе этого острова весьма интересно и заслуживаетъ подробнаго изученія. Въ сѣверной его части лежитъ нѣсколько очень узкихъ губъ, вытянутыхъ по длинѣ острова. Повидимому, онѣ находятся въ періодѣ отдѣленія отъ моря, такъ какъ сообщаются съ нимъ только узенькими протоками, загороженными обыкновенно рядомъ камней. Параллельно имъ лежитъ нѣсколько низинъ, отдѣленныхъ другъ отъ друга высокими гранитными грядами. Эти низины болотисты и въ нихъ расположены длинныя узкія озера, обыкновенно цѣлымъ рядомъ по 2 — 3. Такъ что этотъ конецъ острова имѣетъ какъ бы рядъ складокъ (около 8). Едва ли можно сомнѣваться въ томъ, что происхожденіе этихъ озеръ такое же, какъ и вышеуказанныхъ узкихъ заливчиковъ, т. е. я думаю, что они когда-нибудь соединялись съ моремъ, а потомъ отдѣлились, опрѣснѣли и въ нихъ началось заболачиваніе. Характерно, что между моремъ и озерами и въ тѣхъ мѣстахъ, гдѣ озера соединяются между собой при помощи ручейковъ, мы всегда находимъ группы камней, между которыми протекаетъ вода, какъ бы пробивая тамъ себѣ русло. Происхожденіе этихъ группъ камней мнѣ кажется вполне понятнымъ, особенно если сравнить опять съ тѣми же заливчиками, которые отдѣляются отъ моря. Тамъ мнѣ приходилось видѣть во время прилива, какъ вода съ силой проходила черезъ барьеръ камней, отдѣляющихъ его отъ моря. Естественно поэтому, что вода промываетъ между ними почву. Этотъ барьеръ конечно соотвѣтствуетъ грядѣ, которая и является причиной отдѣленія залива; а камни на ней особенно выдѣляются именно потому, что они отмываются водой.

Въ этой части острова необходимо снять точную карту съ нивелировкой, измѣрить глубины озеръ и обратить особенное вниманіе на буреніе, чтобы выяснитъ, нѣтъ ли въ почвѣ низинъ остатковъ морскихъ формъ. Сдѣланныя нами въ этомъ отношеніи пробы не дали пока результатовъ.

Каменные гряды между низинами имѣютъ въ этомъ мѣстѣ очень ясныя слѣды обтачиванія льдомъ даже на значительной высотѣ ввидѣ шрамовъ и полировки, что указываетъ на то, что эта долина служила мѣстомъ прохожденія большого ледника. Во многихъ мѣстахъ слои поставлены ребромъ и выступаютъ, какъ это описываетъ и Крапоткинъ, ввидѣ ряда параллельныхъ острыхъ

гребней; въ этихъ мѣстахъ наблюдается особенно сильное ихъ разрушеніе. Высота грядъ падаетъ постепенно къ юго-востоку.

Юго-восточная часть Оленьяго острова имѣетъ совершенно иное устройство поверхности. Здѣсь лежитъ высокая скала, круто обрывающаяся съ сѣв.-зап. стороны и полого спускающаяся къ морю. Съ этой стороны въ море врѣзаются гряды крупныхъ валуновъ, а въ нѣкоторыхъ мѣстахъ замѣчается рядъ параллельныхъ песчаныхъ косъ, явные слѣды ледниковаго наноса. Глубоко въ островъ входятъ два залива: одинъ изъ Старцевой губы, другой изъ Горѣлой. Ихъ называютъ Хрусламенами — большими (первый) и малыми (второй). Берега ихъ очень извилисты, и они образуютъ много бухточекъ. Эти Хрусламены представляютъ собой несомнѣнно опрѣсняющіеся бассейны. Мы сдѣлали экскурсію въ Большіе Хрусламены въ этомъ году и нашли, что глубина ихъ быстро возрастаетъ отъ береговъ къ срединѣ и доходитъ до 8 саж.. Но уже съ 2-3 саж. начинается сильное сѣроводородное броженіе. Черный вонючій иль покрываетъ все дно. Слѣд. этотъ бассейнъ, представляющій собой въ миниатюрѣ Черное море, почти мертвъ, только по самымъ берегамъ водятся въ небольшомъ количествѣ нѣкоторые моллюски — *Tellina* и *Mya truncata*. Съ моремъ Б. Хрусламены сообщаются черезъ протокъ, который совершенно загроможденъ камнями, и вода здѣсь протачиваетъ между ними ходы. Видъ этого протока весьма характеренъ и очень напоминаетъ то, что мы видѣли въ заливчикахъ сѣверной части острова. Несомнѣнно и здѣсь происхожденіе этой каменной гряды также объясняется постепеннымъ отдѣленіемъ Хрусламенъ отъ моря. Можно предполагать, что въ непродолжительномъ времени сообщеніе съ моремъ здѣсь совершенно прервется. Черезъ это мѣсто вода идетъ въ приливъ и отливъ, который здѣсь очень сильно запаздываетъ. Это указываетъ на то, что Хрусламены лежатъ выше моря. Нивелировка конечно покажетъ размѣры подъема. Такимъ образомъ, эти бассейны несомнѣнно отдѣляются отъ моря и опрѣняются вслѣдствіе недостаточнаго перемѣшиванія воды, которая сливается только съ поверхности, а нижележащіе слои не перемѣшиваются. Здѣсь можно самымъ точнымъ образомъ изучить процессъ постепеннаго отдѣленія бассейна, смѣну воды въ количественномъ отношеніи, запаздываніе отлива, а также и химическія измѣненія воды. Вымираніе животныхъ можетъ быть произошло не во всемъ заливѣ; надо еще обловить всѣ

бухточки Хрусламенъ. Здѣсь очень интересенъ долженъ быть и планктонъ. Въ этомъ году бывшая въ Ковдѣ подъ руководствомъ проф. В. М. Арнольди экскурсія харьковскихъ студентовъ собрала нѣсколько пробъ, но результатовъ я не знаю.

Всѣ описанныя явленія становятся понятными, если мы только предположимъ, что происходитъ поднятіе острова. Мнѣ кажется, что по строенію береговъ Хрусламенъ, особенно западнаго — отлогато, можно опредѣлить даже высоту поднятія.

Нѣсколько сѣвернѣе Хрусламенъ не далеко отъ берега Старцевой губы лежитъ осеро Малиновое, окруженное болотистымъ топкимъ мѣстомъ. Оно соединяется съ моремъ небольшимъ текущимъ среди камней ручейкомъ. Какъ по способу соединенія съ моремъ, такъ и по расположенію Малиновое оз. сильно напоминаетъ Хрусламены и невольно приходитъ мысль о томъ, что оно возникло также, какъ и Хрусламены по нашему предположенію, т. е. черезъ отдѣленіе отъ моря. Поэтому особенно желательно самое подробное изученіе самого Малиноваго озера и прилежащихъ къ нему мѣстностей. Процессъ заболачиванія озера, растительность на болотѣ, толщина слоя торфа, строеніе береговъ — все это можетъ дать весьма интересныя заключенія объ исторіи происхожденія этого озера и объ его возрастѣ.

Прилежащій берегъ Старцевой губы вообще здѣсь интересенъ. Въ нѣкоторыхъ отдѣляющихся отъ моря губахъ несомнѣнно происходитъ вымираніе фауны и можетъ развиваться сѣководородное броженіе; одна изъ губъ носить даже характерное названіе Гниленки.

Въ Ковденскомъ заливѣ располагается цѣлый архипелагъ острововъ весьма различнаго строенія. Большая часть ихъ имѣетъ скалистый характеръ. Общее расположеніе острововъ весьма характерно: ихъ ряды вытянуты по тому же направленію, какъ и остр. Олений, по которому очевидно шелъ и ледникъ, а именно — съ сѣв.-зап. на юго-вост. Такъ расположены они и въ Горѣлой губѣ. Очень многіе изъ острововъ имѣютъ слѣды дѣйствія льда, т. е. обтерты съ сѣв.-зап. стороны и выступаютъ ввидѣ типичныхъ бараньихъ лбовъ, какъ напр. остр. Высокій. Обточенныхъ острововъ очень много, напр. Еловець, Толстичный Баклышъ, Микковъ, Санталовъ, Крекалій. Послѣдній остр. особенно характеренъ: съ сѣв.-зап. стороны онъ имѣетъ два обточенныхъ скалистыхъ выступа, а между ними отлогій песчаный берегъ. Юго-восточная сторона острововъ, въ част-

ности и Крекальго, вытянута къ морю въ небольшую косу, покрытую розсыпью. Это — уже не валуны, а необточенные камни.

Есть острова и совершенно другого типа, состоящіе изъ носа и валуновъ, напр. Березовый, на которомъ стоитъ Русановскій заводъ, Пальнышъ въ Горѣлой губѣ, и нѣсколько острововъ въ концѣ Старцевой губы. У перваго есть тоже коса валуновъ, но расположенная въ совершенно иномъ направленіи, именно съ юго-вост. на сѣв.-зап. Слѣд. надо думать, что происхожденіе ея иное, чѣмъ на другихъ островахъ. Гряды камней лежатъ и по линіи отъ остр. Шишигина къ Микковымъ. Валуны лежатъ и по берегамъ Шишигина и др. острововъ, обращенныхъ къ морю.

Мнѣ кажется, что подробное изученіе острововъ и ихъ описаніе можетъ дать очень интересные результаты въ смыслѣ выясненія ихъ происхожденія и судьбы. Тутъ же можно найти вѣроятно и слѣды поднятія, если таковое происходило, ввидѣ напр. террасъ, слѣдовъ прибоя выше теперешней линіи; можетъ быть ввидѣ остатковъ животныхъ, напр. баланусовъ и др.

Указанія на исторію этихъ острововъ можетъ дать буреніе по берегамъ. Что это дѣйствительно такъ, указываютъ наблюденія береговъ остр. Высокаго, гдѣ въ чертѣ отлива мы нашли, какъ я уже писалъ, слои съ раковинами.

Строеніе береговъ острововъ, а также и материка, необходимо изучить съ возможной тщательностью. Строеніе материкового берега особенно интересно. Юго-западный берегъ залива, т. е. тотъ, на которомъ лежитъ селеніе Ковда, очень неровенъ: то совсѣмъ низкій, то подымается ввидѣ скалъ. Въ низкихъ мѣстахъ образуются часто заливчики, которые понемногу отдѣляются отъ моря, а есть и озерки, которыя представляютъ повидимому такіе же заливчики, но уже отдѣленные. Такія озерки есть въ Старцевой губѣ противъ оз. Малиноваго, а также на югъ отъ села Ковды.

Понятно, насколько важное значеніе имѣетъ изученіе происхожденія этихъ заливчиковъ и этихъ озеръ. Здѣсь кромѣ изученія береговъ, физическихъ свойствъ воды и дна, необходимо произвести буреніе по берегамъ и также изучить флору и фауну этихъ водоемовъ.

Особеннаго вниманія во всѣхъ отношеніяхъ заслуживаетъ такъ наз. Канское море. Это — довольно большой бассейнъ, лежащій въ концѣ Старцевой губы за остр. Оленьимъ. Оно сообщается съ этой послѣдней широкимъ выходомъ — Ягоднымъ поро-

гомъ, и очень узкимъ — съ Горѣлой губой; послѣдній выходъ называется Бродками. И тотъ и другой выходъ, особенно послѣдній, загороженъ камнями. Во время прилива и отлива вода вливается и выливается черезъ нихъ, и въ этихъ мѣстахъ получается теченіе страшной силы. Такой выходъ, загороженный камнями, по мѣстному называется порогомъ (какъ на рѣкѣ). Смѣна воды происходитъ слѣд. четыре раза въ сутки. Очень интересно было бы изучить физико-географическія условія этого оригинальнаго бассейна, который, если мы только примемъ гипотезу о поднятіи суши, долженъ когда-нибудь отдѣлиться отъ моря и подвергнуться опрѣсненію. Тогда получится бассейнъ, подобный Хрусламенамъ и отдѣленный отъ моря каменной грядой. Весьма возможно, что опрѣсненіе уже здѣсь началось, такъ какъ въ Канское море впадаютъ ручьи. Флора здѣсь весьма однообразная: по берегамъ *Zostera*, а на днѣ — фукусъ или водоросль *Chordaria*. Фауна тоже довольно бѣдная и вмѣстѣ съ тѣмъ довольно характерная; есть, напр. здѣсь слизистыя губки, нѣкоторые характерные амфиподы, въ одномъ мѣстѣ мы нашли много мелкихъ актиній; здѣсь очень много рыбы, которую пріѣзжаютъ сюда ловить изъ деревни, а именно камбала, треска, сигъ и др.

Условія изученія Канскаго моря въ физико-географическомъ отношеніи весьма удобны, потому что бассейнъ не великъ и берега его доступны. Надо произвести измѣренія направленія и скорости теченія въ порогахъ (особенно удобны въ этомъ отношеніи Бродки) въ продолженіи цѣлыхъ сутокъ, черезъ 1 — 2 часа, чтобы опредѣлить запаздываніе прилива и отлива, суточные колебанія воды и пр. Весьма вѣроятно, что нижніе слои воды не мѣняются. Зная скорость теченія въ порогахъ и поперечное ихъ сѣченіе, можно вычислить приблизительное количество втекающей и вытекающей при смѣнѣ воды.

Вѣроятно возможнымъ окажется изучить вопросъ о соединеніи Канскаго моря съ моремъ, такъ какъ въ Бродкахъ, по моему, видно прежнее широкое русло; теперь вода доходитъ до его краевъ только въ большіе приливы. Можетъ быть на берегахъ удастся найти слѣды прежняго берега моря.

И такъ, слѣд. у насъ выясняются главнѣйшія географическія задачи для изслѣдованія, а именно: 1) ледниковыя отложенія и вліяніе ихъ на тектонику мѣстности, 2) отрицательное движеніе береговъ и 3) образованіе прибрежныхъ озеръ и опрѣсняющихся бассейновъ.

Для зоологическихъ и ботаническихъ изслѣдованій конечно особенно важны гидрологическія данныя. Хотя у насъ и взято нѣсколько пробъ воды и измѣрена темп. въ нѣкоторыхъ мѣстахъ залива, взяты пробы съ поверхности и глубины и въ нихъ опредѣлена соленость, но эти измѣренія производились только въ іюнѣ и іюлѣ мѣсяцѣ, и пробъ этихъ слишкомъ мало. Работа здѣсь предстоитъ большая и интересная. На составъ и теченія воды въ заливѣ имѣетъ громадное вліяніе рѣка Ковда, которая вноситъ много прѣсной воды, хотя эта рѣчка и небольшая. Озеро Ковдо выливаетъ свою воду въ море черезъ рѣку Ковду. Прѣсная вода расходится по поверхности соленой и идетъ такъ довольно далеко, образуя два теченія: къ Миккову и къ остр. Марфица; до этихъ острововъ достигаетъ и прѣсная вода на поверхности. Является такимъ образомъ необходимымъ изучить распространеніе стрежи, скорость движенія прѣсной воды по поверхности — около впаденія рѣки и въ нѣсколькихъ пунктахъ, отходя отъ рѣки. Притомъ это надо сдѣлать въ приливъ и отливъ, такъ какъ въ приливъ вода морская можетъ заходить и въ рѣку. Есть одно мѣсто въ заливѣ, гдѣ стрежа встрѣчается съ приливомъ; тамъ происходитъ толчея. Это мѣсто лежитъ къ югу отъ остр. Овечьяго и Высоконькаго; оно не бываетъ спокойно даже въ тихую погоду. Въ нѣкоторыхъ мѣстахъ вслѣдствіе указанныхъ условій получается очень сильное и неправильное теченіе, напр. подъ берегомъ остр. Овечьяго, а также между островами Микковъ и Кривой въ такъ наз. Микковой салмѣ.

Второе, что слѣдуетъ опредѣлить, это — толщину слоя прѣсной воды. Повидимому она не особенно велика, какъ показываютъ опредѣленія солености пробъ воды, взятыхъ съ глубинъ около самаго впаденія рѣки; оказалось, что процентъ солености довольно великъ.

Такъ какъ рѣка несомнѣнно приносить много взвѣшенныхъ частицъ, то желательно опредѣлить приблизительно количество этого взвѣшеннаго матерьяла, его составъ и то, какъ онъ отлагается въ морѣ при впаденіи рѣки. Другихъ сколько-нибудь значительныхъ прѣсныхъ источниковъ, впадающихъ въ заливъ, не имѣется, а потому въ частяхъ моря внѣ стрежи вода уже имѣетъ нормальный составъ. Интересенъ между прочимъ слѣд. фактъ: въ Горѣлой губѣ въ приливъ верхніе слои воды оказываются болѣе опрѣсненными, чѣмъ въ отливъ. Это объясняется очевидно тѣмъ, что приливомъ болѣе прѣсные поверхностные слои вгоняются въ бухту.

Придется конечно брать серіи пробъ отъ поверхности въ глубину, причемъ особенное вниманіе надо обратить на темп. и соленость придонныхъ слоевъ. Пробы должны быть взяты въ разное время года какъ съ глубины, такъ и съ поверхности для выясненія вліянія на составъ воды таянія снѣговъ, лѣтняго испаренія, атмосферныхъ осадковъ и пр.

Въ этомъ отношеніи большую помощь могла бы намъ оказать мѣстная метеорологическая станція. Былъ слухъ о томъ, что въ Ковденскомъ заливѣ будутъ производиться и гидрологическія изслѣдованія, что конечно для насъ было бы особенно важно.

Параллельно съ опредѣленіемъ температуры и солености воды необходимо опредѣлять ея цвѣтъ и прозрачность. Можно напередъ съ увѣренностью сказать, что около впаденія рѣки вода будетъ имѣть меньшую прозрачность и иной цвѣтъ, чѣмъ за предѣлами острововъ. Наши наблюденія подтверждаютъ эти апріорныя предположенія: вода около впаденія рѣки имѣетъ желтоватый цвѣтъ, а около Дрестяного Баклыша — бутылочно-зеленый.

Ввиду разсѣченности мѣстности приливная и отливная волна распространяется здѣсь весьма неравномѣрно. Запаздыванія прилива и отлива въ разныхъ мѣстахъ залива полезно изучить; это можно сдѣлать такимъ образомъ: въ опредѣленный день устроить въ различныхъ мѣстахъ залива нѣсколько наблюдательныхъ пунктовъ, прослѣдить измѣненіе уровня въ теченіи 12 часовъ и затѣмъ свести всѣ эти данныя вмѣстѣ.

Что касается до устройства дна, то оно довольно вѣрно передано на морской картѣ, но деталей на ней, конечно нѣтъ; а между тѣмъ онѣ имѣютъ часто громадное значеніе, что я могу подтвердить примѣромъ. Около мыса Куковѣровой въ Горѣлой губѣ есть небольшой участокъ съ пескомъ и галькой; хотя величина его незначительна, такъ что его весьма трудно найти, но онъ имѣетъ характерную фауну. Около Др. Баклыша имѣются мѣста, которыя покрыты ракушникомъ, а около о. Марфицы — отложенія какихъ-то особенныхъ камней: они имѣютъ плоскую форму и окружены ободкомъ, состоящимъ повидимому изъ желѣзной руды. Мы не могли пока еще выяснить, что это за камни, каково ихъ происхожденіе и значеніе.

Ввиду сказаннаго, мнѣ кажется весьма важнымъ и желательнымъ произвести возможно подробную провѣрку строенія дна. Для

этого я считаю наиболѣе пригоднымъ инструментомъ храпъ или цилиндръ для доставанія пробъ грунта. Храпъ у насъ на станціи имѣется, но пользовались имъ мы еще мало. Необходимо пройти имъ заливъ въ разныхъ направленіяхъ параллельными линіями.

Я считаю особенно важнымъ также изучить расположеніе на днѣ моря валуновъ, чтобы дополнить картину ихъ распредѣленія на островахъ и на берегу материка. Иногда камни лежатъ на днѣ ввидѣ горокъ, которыя при отливѣ могутъ даже обнажаться; это такъ наз. корги. Иногда-же ихъ можно найти только при помощи измѣренія глубинъ лотомъ.

Дно въ заливѣ большей частью занято иломъ, который вѣроятно не одинаковъ по своему составу и происхожденію въ разныхъ мѣстахъ, напр. на большихъ глубинахъ по фарватеру и въ мелкихъ мѣстахъ — въ губахъ. Химическій и морфологическій составъ его можетъ вѣроятно выяснитъ его происхождение.

Что касается до распредѣленія водорослей въ заливѣ, то у насъ имѣются нѣкоторыя данныя, такъ какъ на каждой станціи мы отмѣчаемъ, какія водоросли найдены, но это поневолѣ приходится дѣлать только въ самыхъ общихъ чертахъ, такъ какъ для подробнаго изученія требуются спеціальныя ботаническія познанія. Нѣкоторые изъ нашихъ экскурсантовъ собирали гербаріи водорослей, и составъ донной флоры извѣстенъ, но распредѣленіе водорослей не выяснено. На это необходимо обратить особенное вниманіе; весьма желательно, чтобы такое изслѣдованіе было произведено лицомъ, спеціально изучающимъ водоросли. Думаю, что затраченный трудъ не пропадетъ. Для зоо-географической работы это изученіе будетъ весьма важно. И теперь у насъ есть уже много подтвержденій связи, существующей между флорой и фауной определенныхъ фаций; такъ, напр. фолофора (изъ багряннокъ), занимающая большія пространства въ Горѣлой губѣ, почти лишена фауны; другія-же багрянки наоборотъ обильно населены.

Изученіе географическаго распространенія животныхъ въ небольшой, но хорошо изученной мѣстности, во всѣхъ отношеніяхъ можетъ дать болѣе интересные результаты, чѣмъ случайныя пробы на большихъ пространствахъ. Поэтому-то я и хотѣлъ бы завершить изученіе Ковденскаго залива съ этой точки зрѣнія. Эта мѣстность особенно интересна разнообразіемъ своихъ условий, быстрыми смѣнами фаций и біоценозовъ. Здѣсь особенно удобно выяснитъ зависимость между фауной и физико-географическими условіями. Это вліяніе можно опредѣлить, не только изучая рас-

пространеніе того или другого животнаго, но и сравнивая между собой животныхъ одного вида, взятыхъ въ разныхъ мѣстахъ. При нашихъ работахъ мы обращали уже вниманіе на то, что нѣкотырыя животныя сильно варьируютъ по размѣрамъ и по окраскѣ, и что эти варіаціи совпадаютъ съ опредѣленными мѣстностями: особенно ясно напр. это на офиурахъ.

Мнѣ думается, что Ковденскій заливъ весьма удобенъ для выясненія зависимости распредѣленія животныхъ отъ внѣшнихъ условій: площадь его не слишкомъ велика, большихъ глубинъ нѣтъ, поэтому работать очень легко; условія жизни весьма разнообразны и легко поддаются учету. Наибольшее вниманіе я считаю необходимымъ обратить на грунтъ, такъ какъ субстратъ, на которомъ прикрѣпляются животныя, имѣетъ по моему мнѣнію первенствующее значеніе. Книповичъ особенное вниманіе удѣляетъ температурѣ и указываетъ предѣлы холодной и теплой областей въ Бѣломъ морѣ; для каждой изъ этихъ областей онъ даетъ списки характерныхъ формъ. Какъ форму наиболѣе характерную для холодной области онъ называетъ моллюска *Yoldia arctica*. Его распредѣленіе въ Ковденскомъ заливѣ оказывается какъ разъ весьма характернымъ: мы находимъ его въ наиболѣе глубокихъ мѣстахъ, которыя являются часто ввидѣ ямъ. Несомнѣнно, что въ этихъ мѣстахъ температура наиболѣе низкая. Такіе яркіе факты подтверждаютъ высказанное мною предположеніе объ удобствѣ Ковды для выясненія подобныхъ вопросовъ. Въ частности желательно выяснить, каково распредѣленіе другихъ животныхъ, характерныхъ для холодной и теплой области, выяснить отношеніе фауны Ковды къ другимъ извѣстнымъ областямъ Бѣлаго моря, напр. Соловецкимъ островамъ, выяснить происхожденіе фауны Ковденскаго залива; она имѣетъ повидимому арктическій характеръ.

Фауна Ковды у насъ изслѣдована въ общемъ довольно хорошо; по крайней мѣрѣ выяснены главнѣйшіе біоценозы и распредѣленіе отдѣльныхъ животныхъ по заливу. И въ настоящее время уже найдены нѣкоторыя весьма интересные географическіе факты, напр. распредѣленіе *Yoldia arctica* по наиболѣе глубокимъ мѣстамъ залива, какъ я указывалъ; распространеніе *Asterias linckii*, *Voeringia* и др. въ связи съ галечнымъ грунтомъ и пр. Въ дальнѣйшемъ можно ожидать накопленія подобныхъ фактовъ.

По приблизительному подсчету и теперь уже насчитывается около 300 видовъ животныхъ, но нѣкоторыя группы еще не достаточно опредѣлены. Каждый годъ притомъ удастся найти что

нибудь новое. И теперь уже извѣстно нѣсколько формъ, найденныхъ въ Бѣломъ морѣ впервые, напр. *Rhegaster tumidus*, *Tubularia simplex*, *Thujaria carica*, *Pennaria simpsoni* и нѣк. др.

Но какъ это всегда бываетъ, чѣмъ больше фауна изучается, тѣмъ больше является новыхъ вопросовъ. Неудивительно, что у меня, какъ у зоолога, эта часть программы будетъ болѣе подробна, чѣмъ остальные части. Прежде всего я сдѣлаю общія указанія, какія мѣста въ заливѣ не изучены нами вовсе или требуютъ болѣе детальнаго изученія.

Послѣднее время мы примѣнили систему разрѣзовъ черезъ заливъ, что особенно удобно. Такими разрѣзами надо пройти еще мѣстность между Толстикомъ и островами Вачевымъ, Песчанкой и Киврейхой. Мѣсто это по нашимъ предварительнымъ развѣдкамъ очень богато. Надо обыскать кромѣ того подъ берегами названныхъ острововъ. Такими же разрѣзами надо пройти часть залива, которую мы назвали плато; оно лежитъ между Марфицей и Микковымъ, примыкая къ послѣднему. Оно представляетъ собой поднятую часть дна, которая крутымъ обрывомъ опускается къ фарватеру; на немъ поднимаются многочисленные холмики, такъ что поверхность его оказывается весьма волнистой и неровной, а потому и фауна тамъ разнообразна. Интересна также мѣстность на сѣверъ отъ Микковыхъ. Тамъ расположены наибольшія глубины.

Горѣлая губа у насъ изучена хорошо, но Старцева — еще не достаточно. Въ ней какъ-то очень неравномѣрно распредѣляется населеніе. Большая часть дна покрыта пескомъ или галькой, лишена растительности и бѣдна фауной, но съ другой стороны есть и мѣста съ очень богатой фауной, особенно около береговъ Оленьяго остр., такъ напр. яма въ 13 саж. около сѣв. части Оленьяго, фация красныхъ водорослей въ срединѣ губы и противъ Малиноваго озера. Всѣ эти мѣста изучены въ смыслѣ фауны не достаточно. А между тѣмъ здѣсь встрѣчаются интересныя формы: крупныя Виссипи, раковины этого послѣдняго съ крупными пагурусами, гидроиды и др. животныя.

Особенное вниманіе надо обратить на ту часть залива, гдѣ впадаетъ рѣка Ковда, чтобы выяснить вліяніе прѣсной воды на составъ фауны и прослѣдить, какъ далеко морскія животныя заходятъ въ прѣсную воду. Мы взяли нѣсколько драгъ въ самой стрѣжѣ рѣки и нашли, что тамъ фауна чрезвычайно богата, особенно червями; нигдѣ, кажется, мы ихъ не находили въ такомъ изобиліи

и разнообразіи. Можетъ быть здѣсь имѣетъ значеніе тотъ питательный матерьялъ, который приносить въ море рѣка. Надо пройти это мѣсто рядами драгъ, расходящимися вѣерообразно отъ впаденія рѣки.

Многихъ животныхъ удается найти только при очень внимательномъ изученіи, а между тѣмъ между ними попадаются наиболѣе интересныя формы. Вотъ почему я особенно рекомендую самую детальную разборку матерьяла. Нельзя удовольствоваться собираніемъ животныхъ, попадающихъ на глаза; надо самымъ тщательнымъ образомъ съ лупой осматривать поверхность растений — особенно ламинарій, а также красныхъ и бурыхъ водорослей, камней, поверхности раковинъ моллюсковъ и мантии асцидій, колоній мшанокъ и гидроидовъ. Очень много животныхъ я находилъ на бурыхъ водоросляхъ, особенно на хордаріи, обильно растущей въ концѣ Горѣлой губы и въ Канскомъ морѣ. Необходимо также тщательно заняться промываніемъ ила и песка черезъ рѣшета, причемъ илѣ лучше брать храпомъ или какимъ-нибудь инструментомъ, собирающимъ только поверхностный его слой. Для болѣе удобнаго добыванія животныхъ лучше всего поступать такимъ образомъ, что оставлять въ сосудахъ весь матерьялъ — илѣ, песокъ, водоросли — и собирать выплзающихъ оттуда животныхъ.

Я обращаю особенное вниманіе на ламинаріи, потому что мнѣ самому пришлось натолкнуться при осматриваніи ихъ на интересныя находки: кромѣ множества мшанокъ тамъ имѣются еще колоніи гидроидовъ, совершенно не видныхъ при поверхностномъ осмотрѣ, особенно на мѣстахъ пораненія листьевъ и на старыхъ колоніяхъ мшанокъ. На нѣкоторыхъ камняхъ за Толстикомъ мы находили сплошной покровъ, состоящій изъ мелкихъ митилиусовъ, гидроидовъ, мшанокъ и др. животныхъ. Такъ какъ такіе камни лежатъ на небольшихъ глубинахъ, то для ихъ добыванія можно пользоваться какимъ-нибудь инструментомъ вродѣ клещей на палкѣ; таковой у насъ имѣется. Вообще покровъ изъ митилиусовъ представляетъ собой мѣсто весьма богатое животными, но неизслѣдованное; такой покровъ можно у насъ найти около Бродокъ, подѣ берегомъ острововъ Плосконькій, Высоконькій, Березовый и т. д.

При разборкѣ надо особенное вниманіе обратить на мелкихъ животныхъ, которыя у насъ еще не достаточно изучены, а именно: на мелкихъ голотурій, гефирей и пр.

Для собиранія мелкихъ придонныхъ животныхъ очень могутъ

быть полезны салазочный тралъ и тралъ Новикова; я предпочитаю этотъ послѣдній. Пробы съ салазочнымъ траломъ намъ не удались, но конечно необходимо еще разъ его попробовать на разныхъ грунтахъ. Новиковскій же тралъ работаетъ прекрасно, но на опредѣленныхъ мѣстахъ, а именно на галькѣ и на красныхъ водоросляхъ. Мы пускали его на фарватерѣ между остр. Оленьимъ и Овечьимъ, и онъ принесъ намъ такое количество матерьяла, что намъ вдвоемъ пришлось разбирать его нѣсколько часовъ. Особенно много было мелкихъ ракообразныхъ и червей.

Нѣкоторыя группы животныхъ необходимо изучать на мѣстѣ, такъ какъ ихъ опредѣленіе невозможно послѣ консервированія. Къ таковымъ относятся, напр. простѣйшія и турбелляріи. Весьма желательно, чтобы кто-нибудь изъ специалистовъ по этимъ группамъ взялся за ихъ обработку, такъ какъ до сихъ поръ онѣ у насъ почти не затронуты; вообще, кажется, послѣ Мережковского простѣйшими въ Бѣломъ морѣ никто не интересовался, а между тѣмъ даже при поверхностномъ ознакомленіи съ ними намъ удалось найти нѣсколько интересныхъ формъ. Опредѣленіе планарій вѣроятно не встрѣтитъ затрудненія, такъ какъ имѣется такая хорошая работа Забусова по планаріямъ Соловецкихъ остр.

Особенное вниманіе необходимо обратить на паразитическихъ протозоа и вообще на паразитовъ изъ другихъ классовъ. Надо подвергнуть самому внимательному изученію всѣхъ животныхъ залива, чтобы опредѣлить ихъ паразитовъ. Здѣсь можно натолкнуться на весьма интересные организмы, и у насъ уже собрано довольно много представителей паразитическихъ ракообразныхъ и др. Особенно внимательно надо осматривать раковъ, моллюсковъ и асцидій.

Тотъ фактъ, что на опредѣленныхъ животныхъ селятся опредѣленные паразиты, давно извѣстенъ, и на него конечно надо обращать вниманіе; но это правило можно распространить и на другихъ животныхъ непаразитическихъ: существуютъ какія-то соотношенія между субстратомъ (живымъ или мертвымъ) и прикрѣпляющимся къ таковому животнымъ. Этотъ вопросъ по моему мнѣнію требуетъ тщательнаго изслѣдованія.

Планктонъ изученъ у насъ пока очень еще неполно. Какъ это обычно и бываетъ, появленіе въ заливѣ крупнаго планктона весьма капризно. Напр. въ 1908 и 1911 г. появлялся въ большихъ количествахъ клѣонъ, послѣдніе же два года его почти вовсе не было. Постоянно и въ большихъ количествахъ виденъ планк-

тонь въ открытой части залива — за Толстикомъ. Въ самомъ заливѣ появленіе медузъ, ктенофоръ и др. животныхъ задерживается очевидно, опрѣсненіемъ верхняго слоя воды. Они идутъ здѣсь въ нижнихъ слояхъ, откуда ихъ всегда почти можно добыть сѣткой. Снизу именно планктонъ появляется, напр. въ Горѣлой губѣ или на Бродкахъ, когда вслѣдствіе отлива верхнихъ слоевъ обнажаются болѣе нижніе и болѣе соленые слои. Важно конечно вести точную запись появленія планктона; это мы и дѣлали, но къ сожалѣнію только въ лѣтніе мѣсяцы, а между тѣмъ осенью планктонъ можетъ быть еще богаче.

Для того, чтобы обловить эти болѣе глубокіе слои воды, необходимы спеціальныя инструменты. Мы пробовали мальковый кругъ, но онъ тяжеловатъ и идетъ неровно, поэтому не далъ хорошихъ результатовъ. Можетъ быть лучше для этого сѣтка Кори. Для облавливанія придоннаго слоя на опредѣленной высотѣ я предполагаю приготовить слѣд. инструментъ: на двухъ тяжелыхъ полосьяхъ укрѣпляется длинная (около $2\frac{1}{2}$ — 3 арш.), но невысокая рама изъ бамбука съ сѣткой изъ стромина или канвы; эту раму можно подымать и опускать на нужную высоту по вертикальнымъ штангамъ; это своего рода салазочный траль, но приспособленный къ облавливанію опредѣленныхъ слоевъ воды.

Что касается до микропланктона, то онъ пока совсѣмъ не изученъ, да для моря количественное его изученіе не можетъ имѣть такого значенія, какъ для прѣсноводныхъ бассейновъ. Въ тѣхъ пробахъ, которыя были у насъ взяты въ Горѣлой губѣ, мы находили только въ большомъ количествѣ копепода, личинокъ моллюсковъ и нѣк. др. животныхъ — червей, иглокожихъ, но послѣднихъ мало.

Количественныя пробы имѣютъ значеніе въ нѣкоторыхъ мѣстахъ, напр. въ Канскомъ морѣ, обильномъ рыбой, причемъ нѣкоторыя изъ нихъ здѣсь повидимому размножаются; въ Хрусламенахъ планктонъ интересенъ съ точки зрѣнія появленія прѣсноводныхъ формъ; около впаденія рѣки Ковды важно выяснитъ внесеніе прѣсноводнаго планктона въ море и его судьбу.

Необходимо взять пробы планктона на внѣшнемъ рейдѣ, такъ какъ тамъ вода и на поверхности соленая; поэтому и микропланктонъ здѣсь долженъ быть богаче. Въ цѣляхъ изученія планктона болѣе глубокихъ слоевъ воды можно примѣнить насосъ, опускаемый на опредѣленную глубину.

Изученіе рыбъ Ковденскаго залива даетъ много простору для изслѣдователя. Кромѣ селедки, имѣющей главное промысловое значеніе для края, но ловящейся въ Ковдѣ почти исключительно весной и осенью, здѣсь часто попадаются виды трески и камбалы. Лѣтомъ 1913 г. мы наблюдали массовое появленіе малька селедки, изъ чего можно заключить, что нерестъ ея происходитъ въ этихъ мѣстахъ. Изученіе трески интересно въ смыслѣ выясненія вопроса о ея происхожденіи и дальнѣйшаго развитія. Она здѣсь рѣдко достигаетъ крупной величины (20 ф.) и никогда такой, какъ на Мурманѣ. Мѣстные рыбаки различаютъ бѣломорскую треску и проходную. Возможно, что треска приходитъ сюда только для нагула. Этотъ вопросъ можно рѣшить изученіемъ ея возраста и величины, а также при помощи мѣченія. Особенно много трески попадаетъ въ нѣкоторыхъ частяхъ залива, а именно въ Канскомъ морѣ, около Микковыхъ остр. и др. Ловятъ ее впрочемъ и въ другихъ частяхъ залива иногда просто съ пристаней заводовъ.

Къ сожалѣнію семга, эта наиболѣе дорогая изъ промысловыхъ рыбъ, попадаетъ въ Ковдѣ рѣдко и преимущественно въ рѣкѣ. Ея развитію препятствуетъ сплавъ лѣса изъ Ковдозера по рѣкѣ. Однако и для выясненія ея біологіи были бы весьма интересны стаціонарныя наблюденія, которыя можно было бы вести въ Ковдѣ и ея окрестностяхъ, а именно выяснить мѣста ея нереста и условія его, кочеваніе семги, питаніе и пр.

Остальныя рыбы не представляютъ интереса въ промысловомъ отношеніи, но могутъ представлять интересъ съ біологической или географической точки зрѣнія. Поэтому желательно изучить ихъ образъ жизни, нерестъ, передвиженія, питаніе и пр.

Вотъ въ главнѣйшихъ чертахъ тѣ задачи, которыя я могу намѣтить для дальнѣйшихъ изслѣдованій въ Ковдѣ. Конечно, ихъ выполненіе займетъ еще много времени и при дальнѣйшихъ работахъ возникнутъ все новыя и новыя задачи. Мнѣ думается однако, что предварительное, но достаточно полное описаніе Ковденскаго залива можно закончить въ 1—2 года; многое можно было бы сдѣлать и въ этомъ году, если бы начало военныхъ дѣйствій тому не помѣшало. Приходится слѣд. отложить эту работу на неопредѣленное время. Будемъ надѣяться, что въ 1915 г. удастся что ниб. сдѣлать.

Позволяю себѣ надѣяться, что приведенныя мною данныя покажутъ читателю, что избранная нами для изслѣдованія мѣст-

ность имѣть большой интересъ и дѣйствительно заслуживаетъ изученія. Конечно, работа сильно бы облегчилась, если бы въ Ковдѣ устроилась постоянная біологическая станція. Мы работаемъ тамъ со студентами И. Юрьевск. Университета уже 5 лѣтъ и фактически станція существуетъ; она имѣетъ временное помѣщеніе, любезно предоставляемое намъ Таможеннымъ вѣдомствомъ и администраціей Шведскаго завода, 2 большія лодки, орудія лова, батометръ, посуду и реактивы, такъ что на ней могутъ быть производимы и научныя изслѣдованія.

Въ будущемъ есть надежда на полученіе въ аренду участка земли на берегу Горѣлой губы и тогда надо будетъ позаботиться о постройкѣ собственнаго зданія для станціи и о приобрѣтеніи необходимыхъ книгъ и инструментовъ. Въ настоящее время этотъ вопросъ является особенно острымъ, такъ какъ путешествіе за границу даже въ случаѣ окончанія войны будетъ конечно сильно затруднено. Да и пора наконецъ русскимъ отказаться отъ своего тяготѣнія къ чужому и озаботиться использованием своихъ природныхъ богатствъ. Наше Бѣлое море имѣетъ совершенно достаточно матерьяла для научныхъ работъ и для знакомства съ морскими животными преподавателей и учащихся. Въ этомъ отношеніи мы имѣемъ уже опытъ.

И такъ, я надѣюсь, что мое скромное начинаніе въ Ковдѣ не загложнетъ, но разовьется и послужитъ на пользу русской наукѣ и преподаванію.

уѣздный членъ окружнаго суда, городской судья и земскій участковый начальникъ, дѣйствуютъ безъ присяжныхъ.

Присутствіе присяжныхъ въ составѣ уг. суда отражается въ сильной степени и на содержаніи уг.-суд. приговора.

Въ уг.-суд. приговорахъ, постановляемыхъ уг. судами I-й инстанціи, безъ присяжныхъ, должны быть обозначаемы, по предписанію закона, слѣд. данныя: 1) время суд. засѣданія, т. е. годъ, мѣсяцъ и число, когда происходило засѣданіе суда по данному уг. дѣлу [У. 130/13 г. п. 1; 788 п. 1; 797. — УП. I. 30; II. 204 п. 1], 2) указаніе, что судъ производилъ разбирательство и постановилъ приговоръ, по уполномочію отъ Государя Императора, „отъ имени Императорскаго Величества“ [У. 796; 118. — УП. I. 30] или, какъ принято писать въ приговорахъ: „по указу Его Императорскаго Величества“, 3) названіе и личный составъ суда [У. 788 п. 2; 797; 118], 4) званіе, имя, отчество и фамилія или прозвище обвинителя: какъ публичнаго, такъ и частнаго [У. 130/13 г. п. 2; 788 п. 2—3; 797. — УП. II. 204 п. 2], 5) званіе, имя, отчество и фамилія или прозвище обвиняемаго [У. 130/13 г. п. 2; 788 п. 3; 797. — УП. II. 204 п. 2], а въ окружномъ судѣ даже и лѣта обвиняемаго [У. 788 п. 3; 797], насколько все это извѣстно или, по крайней мѣрѣ, доступно опредѣленію, при постановленіи приговора, 6) содержаніе обвиненія, предъявленнаго противъ обвиняемаго, при чемъ въ приговорѣ окружнаго суда должно быть указано не только обвиненіе, предъявленное въ обвинительномъ актѣ, или въ замѣняющемъ этотъ актъ опредѣленіи суд. палаты о преданіи суду, или въ жалобѣ частнаго обвинителя, но и обвиненіе, окончательно выставленное обвинителемъ въ заключительныхъ преніяхъ [У. 797 п. 1], 7) обстоятельства дѣла, способныя имѣть юридическое значеніе, признанныя судомъ доказанными, на основаніи провѣрки и оцѣнки доказательствъ на суд. слѣдствіи, при чемъ должны быть указаны и самыя доказательства, признанныя судомъ убѣдительными [У. 130/13 г. п. 3; 797 п. 2. — УП. II. 204 п. 3], 8) соображеніе признанныхъ обстоятельствъ дѣла съ законами [У. 130/13 г. п. 4; 797 п. 2. — УП. II. 204 п. 4], 9) заключеніе суда по вопросамъ о виновности и законной уг. отвѣтственности обвиняемаго [У. 130/13 г. п. 4; 797 п. 3. — УП. II. 204 п. 4] и 10) подписаніе приговора: въ единоличномъ судѣ — самимъ судьей [У. 130/13 г. — УП. I. 30; II. 204 п. 7], а въ коллегіальномъ судѣ — всѣми судьями, участвовавшими въ рѣшеніи дѣла [У. 799], или, по крайней мѣрѣ, однимъ изъ нихъ [У. 800] и во всякомъ случаѣ секретаремъ [У. 799].

Заключеніе уг. суда по вопросамъ о виновности и законной уг. отвѣтственности обвиняемаго можетъ быть, по содержанію, троякое: или оправдательное, или освободительное, или осудительное.

Соотвѣтственно роду заключенія, и сами уг.-суд. приговоры раздѣляются на оправдательные, освободительные и осудительные.

Оправдательное заключеніе имѣетъ мѣсто тамъ, гдѣ уг. судъ приходитъ къ выводу, что обвиняемый не виновенъ въ учиненіи уг. правонарушенія въ разсматриваемомъ случаѣ и потому долженъ быть оправданъ (У. 121; 771 п. 1. — УП. I. 30; II. 203).

Невиновнымъ же онъ можетъ быть признанъ только при наличности одного изъ слѣд. условій. Таковы: 1) недоказанность, что дѣяніе, приписываемое обвиняемому, дѣйствительно произошло на дѣлѣ [У. 754; 771 п. 1], 2) недоказанность, что дѣяніе, приписываемое обвиняемому, было учинено именно этимъ обвиняемымъ [У. 754; 771 п. 1], 3) непредусмотрѣнность учиненнаго дѣянія дѣйствующимъ уг. закономъ въ числѣ уг. правонарушеній, т. е. преступленій или проступковъ, или, по несовсѣмъ точному выраженію устава уг. суд., невоспрещенность учиненнаго дѣянія законами подѣ страхомъ наказанія [У. 771 п. 1], 4) наличность состоянія невмѣняемости у обвиняемаго учинителя, во время учиненія [У. 763; 754; 771 п. 1. — Ул. 92 п. 2—3; 95—98; 137/12. — Уставъ о нак. 10 п. 2—3. — Уг. ул. 39—40; 47], 5) наличность какой-нибудь изъ законныхъ причинъ невмѣненія дѣянія въ вину учинителю, во время учиненія этого дѣянія этимъ лицомъ [У. 763; 771 п. 1. — Ул. 5; 92 п. 1, 4—5; 93; 99; 100. — Уст. о нак. 10 п. 1, 4. — Уг. ул. 42; 43; 45 ч. 2; 46], и 6) наличность права или обязанности у обвиняемаго къ учиненію дѣянія, во время учиненія этого дѣянія [У. 763; 771 п. 1. — Ул. 92 п. 6; 100—103; 1471 п. 1—3, п. 4/12, п. 5—6; 1495. — Уст. о нак. 10 п. 5; 138 въ связи съ 130—137; 167¹ въ связи съ П. С. 3. (с. 2). Т. XLII. № 44587 — съ Высочайше утв. мѣнѣемъ Гос. Совѣта 15 мая 1867 г. объ охраненіи частныхъ лѣсовъ. Отд. I. ст. 20. (К. р. 1870 г. № 257; 1871 г. № 505) и въ связи съ Св. Зак. Т. VIII. Ч. I. съ Уставомъ Лѣснымъ. Изд. 1905 г. ст. 804. — Уг. ул. 44; 45 ч. 1. — Св. Зак. Т. X. Ч. I. Св. Зак. Гражд. Изданіе 1900 г. ст. 164—165, а также другія статьи Свода Законовъ относительно дисциплинарной власти. — Св. Зак. Т. XII. Ч. II. Уставъ Сельскаго Хозяйства. Изданіе 1903 г. ст. 164—165; 170; 175—177. (Рѣшеніе гражд. кас. департамента правит. сената 1885 г. № 30). — Случаи правомѣрнаго самоуправства, признанные уг. кас. департаментомъ правит. сената, см. въ моей книгѣ: Рус. уг. право. Общ. ч. 1912. Вып. I. с. 282—283].

Освободительное заключеніе имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, когда уг. судъ приходитъ къ выводу, что обвиняемый дѣйствительно учинилъ дѣяніе, имѣющее признаки преступленія или проступка, или даже и виновенъ, но тѣмъ не менѣе долженъ быть освобожденъ впредь отъ всякаго суда и наказанія за это дѣяніе, благодаря присутствію одной или нѣсколькихъ законныхъ причинъ къ прекращенію уг. преслѣдованія за это дѣяніе (У. 771 п. 2; 772—773).

Этими причинами служатъ: 1) смерть обвиняемаго [У. 16 п. 1; 771 п. 2. — УП. II. 1], 2) истеченіе уголовно-обвинительной давности [У. 16 п. 2; 771 п. 2. — УП. II. 1], 3) примиреніе обвиняемаго съ потерпѣвшимъ, при преступленіи или проступкѣ, подлежащемъ уг. преслѣдованію въ порядкѣ частнаго обвиненія [У. 16 п. 3; 20; 771 п. 2. — УП. II. 1], 4) помилованіе (У. 16 п. 4; 771 п. 2. — УП. II. 1) и 5) законная сила уг.-суд. приговора, ранѣ состоявшагося по тому же дѣянію [У. 21 — 23; 771 п. 2. — УП. II. 1].

„Освобожденный отъ суда безъ указанія его вины можетъ

просить, чтобы Судъ опредѣлилъ его виновность и то наказаніе, которому онъ подлежалъ бы, если бы въ дѣлѣ не оказалось законной причины къ прекращенію уголовного преслѣдованія“ (У. 772).

Наконецъ, осудительное заключеніе выступаетъ въ томъ случаѣ, когда уг. судъ не только приходитъ къ выводу, что обвиняемый виновенъ въ учиненіи преступленія или проступка и, по закону, подлежитъ наказанію, но и присуждаетъ это лицо къ узаконенному наказанію въ опредѣленномъ размѣрѣ (У. 122—123/13 г.; 771 п. 3; 774, съ прим., по Прод. 12 г. — УП. II. 206).

Каждый уг.-суд. приговоръ уг. суда I-й инстанціи, безъ присяжныхъ, долженъ содержать въ себѣ въ надлежащей полнотѣ всѣ 10 вышеупомянутыхъ данныхъ, иначе этотъ приговоръ, съ точки зрѣнія закона будетъ не удовлетворителенъ. Поэтому, эти 10 данныхъ можно назвать постоянными общими пунктами нашихъ уг.-суд. приговоровъ I-й инстанціи, безъ присяжныхъ.

Но многіе изъ уг.-суд. приговоровъ I-й инстанціи, безъ присяжныхъ, должны имѣть, сверхъ того, еще и дополнительные пункты. Эти дополнительные пункты должны быть налицо въ уг.-суд. приговорахъ по такимъ уг. дѣламъ, при отправленіи правосудія по которымъ имѣли мѣсто, а тѣмъ болѣе и должны были имѣть мѣсто нѣкоторыя особыя обстоятельства или особыя суд. дѣйствія, указанныя въ законѣ.

Въ дополнительныхъ пунктахъ означается: 1) званіе, имя, отчество, фамилія или прозвище гражданского истца [У. 130/13 г. п. 2. — УП. II. 204], 2) заключеніе уг. суда о гражд. требованіяхъ гражд. истца или вообще потерпѣвшаго, предъявившаго гражд. притязанія къ обвиняемому [У. 122; 776 п. 2; 779; 785. — УП. II. 206 п. 6], 3) заключеніе уг. суда о судьбѣ вещей, добытыхъ прест. дѣяніемъ [У. 126; 776 п. 1; 777—778], т. е. о возвращеніи этихъ вещей хозяевамъ [У. 126; 777], о предоставленіи частнымъ лицамъ, спорящимъ объ этихъ вещахъ, разобраться въ своихъ правахъ путемъ гражданского суда [У. 778] или о конфискаціи или истребленіи этихъ вещей [Ул. 58 и др.], 4) заключеніе уг. суда о гражд. вознагражденіи оправданнаго подсудимаго „за вредъ и убытки, причиненные ему неосновательнымъ привлеченіемъ его къ суду“ [У. 780; 32; 121; 780—782] частными лицами, а не должностными [У. 783—784], 5) заключеніе уг. суда о возмѣщеніи судебныхъ издержекъ по производству даннаго уг. дѣла [У. 122; 130/13 г. п. 5; 776 п. 3. — УП. II. 204 п. 5] и 6) мотивированное заключеніе суда: „ходатайствовать передъ Императорскимъ Величествомъ, черезъ Министра Юстиціи, о смягченіи наказанія въ размѣрѣ, выходящемъ изъ предѣловъ судебной власти (ст. 774) или даже о помилованіи подсудимаго“, а, точнѣе о полномъ освобожденіи подсудимаго, „вовлеченнаго въ преступленіе несчастнымъ для него стеченіемъ обстоятельствъ“, отъ всякаго наказанія [У. 775. — О примѣнимости этого постановленія къ мир. судамъ см. У. 118. — К. р. 1867 г. № 443; 1895 г. № 36].

Вотъ все, что слѣдуетъ сказать о содержаніи уг.-суд. приговоровъ, постановляемыхъ нашими уг. судами I-й инстанціи, безъ присяжныхъ.

Укажемъ теперь содержаніе уг.-суд. приговоровъ, постано-

вляемыхъ нашими окружными судами, отправляющими уг. правосудіе съ участіемъ присяжныхъ.

Каждый уг.-суд. приговоръ окружного суда съ присяжными долженъ содержать въ себѣ 10 постоянныхъ общихъ данныхъ или пунктовъ.

Какъ послѣдній пунктъ, такъ и первые шесть пунктовъ въ этомъ приговорѣ — вообще тѣ же, что и въ уг.-суд. приговорѣ уг. суда I-й инстанціи, безъ присяжныхъ. Въ частности же послѣдній и первые шесть пунктовъ уг.-суд. приговора, исходящаго отъ окружного суда съ присяжными, болѣе всего сходны съ соотвѣтствующими пунктами уг.-суд. приговора, постановляемаго окружнымъ судомъ безъ присяжныхъ (У. 788 п. 1—3; 796; 797 п. 1; 799; 800; 826).

7-й пунктъ имѣетъ важную особенность. Въ немъ должно быть изложено не мотивированное рѣшеніе, постановленное коллегіей присяжныхъ засѣдатель въ отвѣтъ на вопросы виновности, поставленные присяжнымъ коллегіей коронныхъ судей окружного суда (У. 797 п. 2; 788 п. 4; 826 въ связи съ 801; 807; 809—812) и отчасти самими присяжными (812; 814).

Въ 8-мъ пунктѣ коллегія коронныхъ судей окружного суда должна изложить соображеніе рѣшенія присяжныхъ засѣдатель съ законами (У. 797 п. 2 въ связи съ 826).

Въ 9-мъ пунктѣ должно быть изложено заключеніе коллегіи коронныхъ судей окружного суда: какъ по вопросамъ виновности, рѣшеннымъ присяжными, такъ и по вопросамъ о законной уг. отвѣтственности обвиняемаго (У. 797 п. 3 въ связи съ 761; 767—768; 771 п. 3; 819—820; 825—826; 828, съ прим., по Прод. 12 г.).

Это заключеніе можетъ быть тройкое: или оправдательное, или освободительное, или осудительное, а, соотвѣтственно этому, и самый приговоръ можетъ быть тройкимъ: или оправдательнымъ, или освободительнымъ, или осудительнымъ.

Оправдательное заключеніе имѣетъ мѣсто въ 2 случаяхъ: 1) по общему правилу, при оправдательномъ рѣшеніи коллегіи присяжныхъ засѣдатель [У. 819], и 2) въ видѣ исключенія, при обвинительномъ, если коллегія коронныхъ судей окружного находить, что дѣйствующій уг. законъ не предусматриваетъ въ числѣ преступленій и проступковъ, т. е. не признаетъ преступнымъ, того дѣянія, въ учиненіи котораго присяжные признали обвиняемаго виновнымъ [У. 771 п. 1; 823].

Освободительное заключеніе постановляется коронной коллегіей окружного суда, съ присяжными, въ тѣхъ же случаяхъ, какъ и уг. судами I-й инстанціи, судящими безъ присяжныхъ (У. 771 п. 2; 823; 826).

Наконецъ, осудительное заключеніе постановляется коллегіей коронныхъ судей окружного суда, съ присяжными, только по обвинительному рѣшенію коллегіи присяжныхъ и притомъ только въ томъ случаѣ, когда коронная коллегія находить, что обвиняемый признанъ присяжными виновнымъ въ дѣяніи, предусмотрѣнномъ дѣйствующими уг. законами въ числѣ преступленій и проступковъ и подлежитъ наказанію (У. 771 п. 3; 774; 826). Родъ, степень и мѣра наказанія опредѣляется коронной коллегіей окружного суда, по законамъ (У. 771 п. 3; 774; 826; 828, съ прим., по Прод. 12 г.).

Кромѣ 10 постоянныхъ общихъ пунктовъ уг.-суд. приговорѣ окружнаго суда, съ присяжными, можетъ имѣть всѣ тѣ же дополнительные пункты, какіе свойственны уг.-суд. приговору нашего уг. суда I-й инстанціи, безъ присяжныхъ (выше с. 179). Эти пункты должны быть означены въ приговорѣ каждый разъ, какъ только имѣли мѣсто, а тѣмъ болѣе и должны были имѣть мѣсто, по закону, нѣкоторыя особыя обстоятельства или особыя суд. дѣйствія, указанныя закономъ (У. 775—782; 798; 821; 826; 828).

Отмѣтивъ законное содержаніе уг.-суд. приговоровъ, постановляемыхъ нашими общими уг. судами I-й инстанціи, укажемъ законное содержаніе уг.-суд. приговоровъ, постановляемыхъ нашими общими поправочными уг. судами.

Согласно точному смыслу предписаній нашего дѣйствующаго общаго уг.-суд. законодательства, уг.-суд. приговоры постановляются у насъ 2 категоріями общихъ поправочныхъ уг. судовъ: 1) общими уг. судами повторительнаго производства и 2) общими апелляціонными уг. судами.

Общими уг. судами повторительнаго производства являются, по нашему законодательству, тѣ же самые безприсяжные уг. суды, которые служатъ и общими уг. судами I-й инстанціи. Таковы — окружный судъ безъ присяжныхъ, мир. судья и замѣняющій его помощникъ, а также три упраздняемыхъ единоличныхъ судьи, а именно — уѣздный членъ окружнаго суда, городской судья и земскій участковый начальникъ.

Если общій уг. судъ I-й инстанціи, безъ присяжныхъ, постановилъ обвинительный, а въ частности — освободительный или осудительный уг.-суд. приговоръ, по существу, по такому уг. дѣлу, гдѣ личное присутствіе на судѣ не обязательно, по закону, для обвиняемаго, а замѣна обвиняемаго защитникомъ допустима, и притомъ постановилъ этотъ приговоръ, несмотря на отсутствіе обвиняемаго и его защитника (У. 133/13 г.; 834¹. — УП. I. 30; II. 210) во время суд. слѣдствія и во время преній сторонъ (У. 133/13 г.; 137/13 г.; 834¹; 834³/13 г. — УП. I. 30; II. 210) или даже при наличности защитника во время суд. слѣдствія или во время преній, но при отсутствіи обвиняемаго, лично потребованнаго мир. судьей (У. 133/13 г.), или замѣняющимъ его помощникомъ (Уч. 446/12; 451/12. — У. 133/13 г.), или упраздняемымъ уѣзднымъ членомъ окружнаго суда (У. 133/13 г. — УП. I. 30); то этотъ приговоръ считается, по закону заочнымъ.

Въ теченіе 2 недѣль со времени врученія копій съ заочнаго приговора, обвиняемый имѣетъ право подать тому же самому уг. суду отзывъ о новомъ разсмотрѣніи этого дѣла, съ объясненіемъ причинъ неявки къ назначенному сроку (У. 139/13 г.; 834⁵/13 г. — УП. I. 30; II. 213).

Окружный судъ (У. 834⁵/13 г.), мир. судья (У. 139¹/13 г.) и замѣняющій его помощникъ (Уч. 446/12; 451/12. — У. 139¹/13 г.), точно также, какъ каждый изъ трехъ упраздняемыхъ единоличныхъ судей, а именно — уѣздный членъ окружнаго суда (У. 139¹/13 г. — УП. I. 30), городской судья и земскій участковый начальникъ (УП. II. 213), принявъ отзывъ обвиняемаго и признавъ причину неявки об-

виняемаго къ прежнему разбирательству уважительной, назначаетъ день для новаго разбирательства и, въ случаѣ явки обвиняемаго (У. 141⁸/13 г.; 834¹⁰/13 г. — УП. I. 30; II. 213), производитъ новое разбирательство того же дѣла, по существу, и постановляетъ суд. приговоръ (У. 140/13 г.; 141¹; 141²; 141³/13 г.; 834⁶/13 г.; 834⁸; 834⁹; 834¹⁰/13 г. — УП. I. 213; 215).

Этотъ уг.-суд. приговоръ, постановленный уг. судомъ, при повторительномъ производствѣ по тому же уг. дѣлу, долженъ содержать въ себѣ всѣ тѣ же 10 постоянныхъ общихъ данныхъ и можетъ имѣть тѣ же 6 дополнительныхъ пунктовъ, какіе свойственны уг.-суд. приговору уг. суда I-й инстанціи, безъ присяжныхъ.

Общими апелляціонными уг. судами служатъ у насъ только общіе уг. суды, іерархически высшіе сравнительно съ обжалуемыми общими безприсяжными уг. судами I-й инстанціи.

Въ качествѣ общихъ апелляціонныхъ уг. судовъ у насъ выступаютъ: а) суд. палата — относительно неокончательныхъ уг.-суд. приговоровъ окружнаго суда безъ присяжныхъ, б) окружный судъ — относительно неокончательныхъ уг.-суд. приговоровъ, постановленныхъ въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ мир. судьями и ихъ помощниками, а въ нѣкоторыхъ мѣстностяхъ упраздняемыми уѣздными членами окружнаго суда, в) мир. сѣздъ — относительно неокончательныхъ приговоровъ мир. судьи и г) упраздняемое судебное присутствіе уѣзднаго сѣзда — относительно неокончательныхъ приговоровъ городского судьи и земскаго участковаго начальника въ тѣхъ мѣстностяхъ, гдѣ эти лица имѣютъ еще судебную власть.

Общій уг. судъ апелляціонной инстанціи имѣетъ право разбирать и рѣшать уг. дѣла только въ предѣлахъ предъявленнаго ему апелляціоннаго отзыва или обжалованія (У. 168/13 г.; 889—892. — УП. I. 30; II. 231).

Правомъ обжалованія обладаютъ обѣ стороны и гражданскій истецъ, каждый — въ своихъ интересахъ.

Жалобщикъ имѣетъ право требовать, чтобы апелляціонный уг. судъ разобралъ все дѣло по существу, съ самаго начала, какъ относительно вопросовъ факта, такъ и относительно вопросовъ права, но имѣетъ право требовать и того, чтобы апелляціонный уг. судъ разобралъ не все дѣло, а только одну обжалуемую юридическую часть.

При такомъ положеніи вещей, становится понятно, что уг.-суд. приговоръ общаго апелляціоннаго уг. суда долженъ содержать въ себѣ всѣ 10 постоянныхъ общихъ данныхъ, свойственныхъ уг.-суд. приговору общаго безприсяжнаго уг. суда I-й инстанціи, и притомъ долженъ содержать всѣ ихъ каждый разъ, какъ этотъ апелляціонный судъ рѣшаетъ уг. дѣло по отзывамъ обѣихъ сторонъ, а обѣ онѣ требуютъ, чтобы это дѣло было разобрано и рѣшено по существу, во всей полнотѣ (У. 158/13 г.; 159/13 г.; 168/13 г.; 170/13 г.; 171; 878; 888—892. — УП. I. 30; II. 224; 228; 231; 233—234).

Если же, сверхъ того, есть апелляціонный отзывъ гражд. истца и находятся въ наличности всѣ особые обстоятельства и особые суд. дѣйствія, подлежащіе означенію въ приговорѣ, по закону; то уг.-суд.

приговоръ общаго уг. суда апелляціонной инстанціи долженъ содержать въ себѣ, сверхъ 10 постоянныхъ, еще и 6 дополнительныхъ пунктовъ, свойственныхъ уг.-суд. приговору общаго уг. суда I-й инстанціи, безъ присяжныхъ (У. 145—146; 170/13 г.; 856—860; 878. — УП. I. 30; II. 218—219; 233).

Если же общій апелляціонный уг. судъ разбираетъ уг. дѣло по апелляціонному обжалованію только одной стороны, а она требуетъ, чтобы этотъ судъ пересмотрѣлъ не все дѣло по существу, а только одну обжалуемую юридическую часть, оставляя въ неприкосновенности состоявшійся уг.-суд. приговоръ суда I-й инстанціи относительно фактовъ; въ такомъ случаѣ уг.-суд. приговоръ апелляціоннаго уг. суда долженъ содержать въ себѣ, по меньшей мѣрѣ, слѣд. 8 данныхъ. Таковы: 1) время суд. засѣданія, т. е. годъ, мѣсяцъ и число, когда происходило суд. засѣданіе апелляціоннаго уг. суда по данному уг. дѣлу [У. 130/13 г. п. 1; 170/13 г.; 788 п. 1; 797; 878. — УП. I. 30; II. 204 п. 1; 233], 2) указаніе, что апелляціонный уг. судъ производилъ разбирательство и постановилъ приговоръ „отъ имени Императорскаго Величества“ [У. 796; 118. — УП. I. 30] или, какъ принято писать въ приговорахъ: „по указу Его Императорскаго Величества“, 3) названіе и личный составъ апелляціоннаго уг. суда [У. 788 п. 2; 797; 878; 118. — УП. I. 30], 4) званіе, имя, отчество и фамилія или прозвище апелланта [У. 130/13 г. п. 2; 170/13 г.; 856—858; 788 п. 3; 797; 878. — УП. I. 30; II. 204 п. 2; 233], 5) содержаніе или предметъ обжалованія [У. 168/13 г.; 889. — УП. I. 30; II. 231], 6) соображеніе обжалуемаго съ законами [У. 168/13 г.; 170/13 г.; 889; 878. — УП. I. 30; II. 231], 7) заключеніе апелляціоннаго уг. суда по предмету обжалованія, съ точнымъ обозначеніемъ, утверждаетъ или отмѣняетъ этотъ судъ обжалованную часть уг.-суд. приговора I-й инстанціи и что именно постановляетъ вмѣсто отмѣняемаго [У. 168/13 г.; 170/13 г.; 889; 892. — УП. I. 30; II. 231], и 8) подписаніе уг.-суд. приговора всѣми судьями, участвовавшими въ апелляціонномъ разбирательствѣ уг. дѣла [У. 171; 799; 878. — УП. I. 30; II. 234], а въ суд. палатѣ, по меньшей мѣрѣ, однимъ изъ нихъ [У. 800; 878] и во всякомъ случаѣ секретаремъ [У. 171; 799; 878. — УП. I. 30; II. 234].

Отъ приговоровъ переходимъ къ опредѣленіямъ.

Всѣ рѣшенія, постановленныя уг. судами не по существу уг. дѣла и не въ завершеніе апелляціоннаго разбирательства обжалуемой части уг.-суд. приговора I-й инстанціи, а по различнымъ другимъ вопросамъ уг. правосудія, должны называться, во избѣжаніе недоразумѣній, не приговорами, а опредѣленіями.

Таковы, напр., рѣшеніе окружнаго суда о прекращеніи уг. преслѣдованія (У. 356; 528¹), рѣшеніе окружнаго суда о наложеніи взысканій за неявку къ суду на присяжныхъ засѣдателей, свидѣтелей, свѣдующихъ людей и другихъ лицъ (894), мотивированное рѣшеніе уг. кас. департамента правит. сената по уг. дѣлу, рассмотрѣнному въ кас. порядкѣ, разъясняющее точный смыслъ законовъ для руководства, а, точнѣе, для содѣйствія (выше с. 70—71) къ единообразному ихъ истолкованію или примѣненію (916²; 925¹; 933).

Въ нашемъ дѣйствующемъ общемъ уг.-суд. законодательствѣ терминъ: „опредѣленіе“ употребляется очень часто и притомъ правильно (У. 356; 356³/12; 356⁶/12; 506—509; 528¹; 528³; 534—535; 537—539; 541; 543; 549; 555; 604—605; 607; 621; 640; 808; 852; 894—895; 897; 902—903; 925¹; 933; 996. — УП. II. 222).

Тѣмъ не менѣ нельзя не отмѣтить, что этому термину не дано надлежащаго распространенія нашимъ законодательствомъ.

Съ одной стороны, нѣкоторыя рѣшенія уг. судовъ, выполнѣ заслуживающія названія опредѣленій, называются въ нашемъ уставѣ уг. суд.: то опредѣленіями (528¹; 528³; 894; 925¹; 933), то рѣшеніями (653; 919; 925¹; 927; 933), то постановленіями (528²).

Съ другой стороны, многія изъ рѣшеній уг. суда, выполнѣ достойныхъ называться опредѣленіями, а главнымъ образомъ многія изъ рѣшеній, заключающихъ въ себѣ какое-нибудь распоряженіе суда о предпріятіи нѣкоторыхъ законныхъ мѣръ или дѣйствій относительно нѣкоторыхъ лицъ, по отправленію уг. правосудія, называются въ нашемъ уг.-суд. законодательствѣ постановленіями (У. 81; 368¹; 426; 430—432; 472—475; 619; 846. — УП. II. 185).

Наше дѣйствующее общее уг.-суд. законодательство прямо называетъ постановленіями слѣд. акты уг. судовъ: 1) распоряженіе мир. судьи [У. 81] или суд. слѣдователя [У. 426], точно также, какъ и распоряженіе упраздняемаго городского судьи [УП. II. 185] или земскаго участкаго начальника [УП. II. 185] о принятіи поручительства или залога, въ обезпеченіе явки обвиняемаго къ суду или слѣдствію, по принадлежности, 2) распоряженіе суд. слѣдователя о взятіи обвиняемаго подъ стражу [У. 430—432], 3) мотивированныя рѣшенія суд. слѣдователя, необходимыя „для объясненія хода слѣдствія или распоряженія слѣдователя“ [У. 472—475], 4) рѣшеніе окружнаго суда о допущеніи или недопущеніи суд. слѣдователя къ осмотру и выемкѣ почтовой или телеграфной корреспонденціи, отправленной или присланной на имя обвиняемаго [У. 368¹], 5) рѣшеніе окружнаго суда о прекращеніи уг. преслѣдованія [У. 528²], называемое также и опредѣленіемъ [У. 528³], 6) рѣшенія окружнаго суда, въ суд. засѣданіи, по спорамъ и пререканіямъ сторонъ [У. 619], и 7) рѣшеніе окружнаго суда о сыскѣ и вызовѣ скрывшагося обвиняемаго, черезъ публикацію въ вѣдомостяхъ [У. 846].

Употребляя слово: „постановленіе“, въ качествѣ спеціальнаго юридическаго техническаго термина, для обозначенія нѣкоторыхъ изъ опредѣленій уг. суда, наше общее уг.-суд. законодательство поступаетъ очень не удобно, такъ какъ это слово и въ разговорѣ, и въ литературѣ имѣетъ широкое значеніе и означаетъ все, что постановлено судомъ, а судъ постановляетъ и приговоры, и опредѣленія. Даже самъ уставъ уг. суд. говоритъ, что судъ „постановляетъ заочный приговоръ“ (133/13 г.; 834¹).

Въ заключеніе нашихъ объясненій относительно приговоровъ и опредѣленій, остается сказать нѣсколько словъ о резолюціяхъ.

Резолюціей въ уг.-суд. правѣ называется такое рѣшеніе, которое постановлено уг. судомъ, по уг. дѣлу, вмѣсто уг.-суд. приговора или

вмѣсто кассационнаго опредѣленія въ его полной законченной формѣ, и передаетъ содержаніе этого уг.-суд. приговора или этого опредѣленія въ узаконенной, сокращенной формѣ.

Въ интересахъ сторонъ, уг. правосудія и народ. благосостоянія весьма желательно, чтобы въ уг. дѣлахъ, уг. судъ постановлялъ и объявлялъ свое заключеніе о виновности и законной уг. отвѣтственности подсудимаго немедленно вслѣдъ за разбирательствомъ уг. дѣла, по существу, въ томъ же самомъ суд. засѣданіи.

Въ простыхъ уг. дѣлахъ удовлетворить этому требованію съ помощью приговора очень легко, такъ какъ уг. судъ имѣетъ полную возможность постановить и объявить свой уг.-суд., приговоръ немедленно вслѣдъ за разбирательствомъ дѣла, въ томъ же самомъ суд. засѣданіи.

Въ уг. же дѣлахъ, болѣе обширныхъ и сложныхъ, удовлетворить этому требованію съ помощью приговора нѣтъ возможности, такъ какъ на составленіе уг.-суд. приговора въ полной законченной формѣ необходимо употребить нѣсколько дней.

Резолюція и является удобнымъ выходомъ изъ затрудненія.

Законъ предоставляетъ уг. суду право, въ случаѣ обширности или сложности уг. дѣла, рассмотрѣннаго по существу, отложить составленіе и объявленіе уг.-суд. приговора по этому дѣлу на нѣсколько дней, послѣ разбирательства. Въ случаѣ же обращенія суда къ этой отсрочкѣ законъ вмѣняетъ въ обязанность суду постановить и объявить резолюцію немедленно вслѣдъ за разбирательствомъ, въ томъ же самомъ суд. засѣданіи или, по крайней мѣрѣ, не позже, какъ въ суд. засѣданіи слѣдующаго дня.

Наше дѣйствующее общее уг.-суд. законодательство не излагаетъ понятія о резолюціи, но даетъ довольно подробныя постановленія: 1) о резолюціяхъ, постановляемыхъ по уг. дѣламъ, вмѣсто уг.-суд. приговоровъ: мир. судьями [У. 129/13 г.; 130/13 г.; 130¹/13 г.] и окружными судами [786—792], и 2) о резолюціяхъ, постановляемыхъ по уг. дѣламъ, вмѣсто кассационныхъ опредѣленій, уг. кас. департаментомъ правит. сената или отдѣленіемъ департамента [925¹].

Кромѣ того, наше законодательство упоминаетъ мелькомъ о резолюціяхъ, постановляемыхъ по уг. дѣламъ, вмѣсто уг.-суд. приговоровъ, городскими судьями и земскими участковыми начальниками, подлежащими упраздненію, въ качествѣ единоличныхъ судовъ [УП. II. 205].

Въ резолюціи, постановляемой мир. судьей или окружнымъ судомъ, вмѣсто уг.-суд. приговора, должны быть изложены, по уставу уг. суд., слѣд. данныя: 1) время суд. засѣданія, т. е. годъ, мѣсяцъ и число, когда происходило суд. засѣданіе уг. суда по данному дѣлу [У. 130/13 г.; 130¹/13 г.; 788], 2) составъ присутствія, т. е. составъ суда [788; 118], 3) званіе, имя, отчество и фамилія или прозвище обвиняемаго [130/13 г.; 130¹/13 г.; 788], а въ резолюціи окружнаго суда еще и возрастъ этого лица [788], 4) сущность приговора, т. е. заключеніе уг. суда по вопросамъ виновности и законной уг. отвѣтственности обвиняемаго [У. 130/13 г.; 130¹/13 г.; 788. — Выше с. 177], и 5) подписаніе резолюціи: въ коллегіальномъ судѣ — всѣми

судьями, участвовавшими въ рѣшеніи дѣла [У. 786], а въ единоличномъ — самимъ рѣшившимъ дѣло судьей [788; 118].

Резолюція окружнаго суда обязательно должна содержать, по закону, только эти данныя.

Отъ резолюціи же мир. судьи законъ требуетъ еще больше данныхъ. Въ ней должны быть обозначены: званіе, имя, отчество и фамилія или прозвище не только обвиняемаго, но и „участвующихъ въ дѣлѣ лицъ“, а кромѣ того издержки производства, присуждаемыя съ виновной стороны (У. 130/13 г.; 130¹/13 г.). Послѣднее требованіе нерѣдко можетъ оказаться очень обременительнымъ для мир. судьи, а потому и не должно было бы предъявляться закономъ.

„Въ резолюціи“, постановленной уг. кас. департаментомъ или его отдѣленіемъ въ суд. засѣданіи, по уставу уг. суд. (925¹), „должно быть означено: 1) когда и гдѣ (въ Департаментѣ или Отдѣленіи) происходило засѣданіе, 2) кѣмъ принесена жалоба или кѣмъ поданъ протестъ, 3) предметъ дѣла, 4) указаніе на законы и на принятые въ соображеніе кассаціонныя рѣшенія и 5) заключеніе Присутствія“. Эта резолюція излагается письменно первоприсутствующимъ или председательствующимъ сенаторомъ или, по его порученію, сенаторомъ, докладывавшимъ дѣло или участвовавшимъ въ рѣшеніи (У. 925¹).

§ 68. А. Общія поправочныя уголовныя суды для пересмотра уголовно-судебныхъ приговоровъ и ихъ подраздѣленіе на двѣ группы: на суды для пересмотра уголовно-судебныхъ приговоровъ, не вошедшихъ въ законную силу, и суды для пересмотра уголовно-судебныхъ приговоровъ, вошедшихъ въ законную силу. Общія поправочныя уг. суды, предназначенныя для пересмотра уг.-суд. приговоровъ, постановленныхъ уг. судами по существу уг. дѣлъ, дѣйствуютъ во всѣхъ культ. государствахъ. Эти уг. суды уполномочены провѣрять и затѣмъ, непосредственно или съ помощью другихъ судовъ, исправлять тѣ злоупотребленія и ошибки, которыя сдѣланы уг. судами въ фактической и правовой или только въ правовой сторонѣ уг. дѣлъ, сдѣланы при разбирательствѣ и рѣшеніи этихъ дѣлъ по существу и притомъ сдѣланы въ самихъ уг.-суд. приговорахъ или въ предшествовавшихъ суд. упущеніяхъ, дѣйствіяхъ, рѣшеніяхъ, опредѣленіяхъ или постановленіяхъ, обосновавшихъ содержаніе этихъ приговоровъ и завершенныхъ этими приговорами, какъ результатомъ. Напр., уг. судъ, вопреки просьбѣ обвиняемыхъ, отказался допросить представленнаго ими свидѣтеля, очевидца и постановилъ обвинительный приговоръ противъ обвиняемыхъ.

Непосредственное исправленіе ошибки или злоупотребленія имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, когда поправочный уг. судъ, найдя ошибку или злоупотребленіе, самъ своими собственными силами производитъ, по мѣрѣ надобности, соотвѣтственно дѣйствующему праву, надлежащее исправленіе.

Напротивъ, исправленіе ошибки или злоупотребленія производится поправочнымъ уг. судомъ, съ помощью другого уг. суда, въ томъ случаѣ, когда поправочный уг. судъ, отмѣнивъ весь суд. приговоръ,

постановленный уг. судомъ по уг. дѣлу, по существу, или отмѣнивъ нѣкоторую часть этого приговора и находя необходимымъ произвести новое разбирательство и постановить новое рѣшеніе, взамѣнъ отмѣненнаго, не беретъ на себя этихъ задачъ, но поручаетъ ихъ исполненіе другому компетентному уг. суду.

Общіе уг. суды, предназначенные для пересмотра уг.-суд. приговоровъ, постановленныхъ уг. судами по существу уг. дѣлъ, раздѣляются на 2 группы.

Къ одной (а) принадлежатъ уг. суды, предназначенные для пересмотра уг.-суд. приговоровъ, не вошедшихъ въ законную силу, а къ другой (б) — вошедшихъ.

Вступившими въ законную силу называются вообще тѣ суд. приговоры, которые стали также обязательны къ исполненію, какъ законъ.

§ 69. а. Общие уголовные суды для пересмотра уголовно-судебныхъ приговоровъ, не вошедшихъ въ законную силу и ихъ подраздѣленіе на три подгруппы: на суды для пересмотра неокончательныхъ, суды для пересмотра окончательныхъ и суды для пересмотра заочныхъ, окончательныхъ и неокончательныхъ, уголовно-судебныхъ приговоровъ, не вошедшихъ въ законную силу. Въ каждомъ культ. государствѣ есть общіе поправочные уг. суды, предназначенные для пересмотра уг.-суд. приговоровъ, не вступившихъ въ законную силу. Эти суды подраздѣляются на 3 подгруппы.

Къ 1-й (α) относятся суды, предназначенные для пересмотра неокончательныхъ уг.-суд. приговоровъ, не вошедшихъ въ законную силу, ко 2-й (β) — суды, предназначенные для пересмотра окончательныхъ уг.-суд. приговоровъ, не вступившихъ въ законную силу, и къ 3-й (γ) — суды, предназначенные для пересмотра заочныхъ, окончательныхъ и неокончательныхъ, уг.-суд. приговоровъ, не вошедшихъ въ законную силу.

Какъ окончательные, такъ и неокончательные уг.-суд. приговоры постановлены уг. судами по существу уг. дѣлъ. Но если дѣло завершено окончательнымъ уг.-суд. приговоромъ, не вошедшимъ въ законную силу; то этотъ приговоръ можетъ быть правомѣрно обжалованъ только на основаніи такихъ ошибокъ или злоупотребленій, которыя были сдѣланы въ юридической сторонѣ уг. дѣла и были способны оказать существенное вліяніе на содержаніе этого приговора, во вредъ законнымъ интересамъ сторонъ и уг. правосудія. Если же дѣло завершено неокончательнымъ уг.-суд. приговоромъ, не вступившимъ въ законную силу; то этотъ приговоръ можетъ быть законно обжалованъ: какъ на основаніи ошибокъ и злоупотребленій, относящихся къ юридической сторонѣ уг. дѣла, такъ и на основаніи ошибокъ и злоупотребленій, касающихся фактической стороны уг. дѣла.

Заочнымъ уг.-суд. приговоромъ называется рѣшеніе компетентнаго уг. суда 1-й инстанціи, безъ присяжныхъ, о виновности и уг. отвѣтственности обвиняемаго въ уг. правонарушеніи, постановленное въ суд. засѣданіи, на основаніи суд. разбирательства, произведеннаго по уг. дѣлу, по существу, по вызовѣ, но при неявкѣ обвиняемаго

къ суду, при отсутствіи или даже при участіи защитника въ разбирательствѣ.

§ 70. α. Общіе поправочные уголовные суды для пересмотра неокончательныхъ уголовно-судебныхъ приговоровъ, не вошедшихъ въ законную силу, и ихъ подраздѣленіе на два вида: на апелляціонные суды и ревизіонные суды. Въ каждомъ культ. государствѣ есть общіе уг. суды, предназначенные для пересмотра неокончательныхъ уг.-суд. приговоровъ, не вступившихъ въ законную силу. Эти уг. суды не только въ разныхъ культ. государствахъ, но даже и въ одномъ и томъ же государствѣ нерѣдко имѣютъ разнообразное устройство.

Соотвѣтственно важной разницѣ въ устройствѣ, эти общіе поправочные уг. суды можно раздѣлить на 2 вида.

Къ 1-му виду принадлежатъ общіе апелляціонные уг. суды, а ко 2-му — общіе ревизіонные уг. суды. Познакомимся съ этими судами по порядку.

§ 71. 1. Общіе апелляціонные уголовные суды¹⁾. Слово: „апелляція“ означаетъ „обжалованіе“ и не передаетъ общаго понятія

1) В. Лихаревъ — О правахъ и обязанностяхъ лицъ прокурорскаго надзора въ мировыхъ сѣздахъ по уголовнымъ дѣламъ. Суд. Вѣстникъ. 1868. № 17. — П. Т. — въ — Когда кончается срокъ на изъясненіе неудовольствія на приговоры мировыхъ судей? (Ст. 128 и 1 п. 181 ст. Уст. Уголовн. Судопр.). Суд. Вѣст. 1868. № 209. — П. Хохряковъ — Участіе прокурорскаго надзора въ мировомъ сѣздѣ. Суд. Вѣст. 1870. №№ 302; 303. — Хохряковъ — О допросѣ свидѣтелей въ мировомъ сѣздѣ по уголовнымъ дѣламъ. Суд. Вѣст. 1871. №№ 1; 3; 5. — Хохряковъ — О вызовѣ и допросѣ свидѣтелей въ мировомъ сѣздѣ по уголовнымъ дѣламъ. Суд. Вѣст. 1871. №№ 13; 14; 15. — Хохряковъ — Объ апелляціонномъ разсмотрѣніи уголовныхъ дѣлъ въ мировомъ сѣздѣ. Ю. В. 1872. № 10—12. — П. Макалинскій — Объ апелляціонномъ уголовномъ судопроизводствѣ въ судебныхъ палатахъ. Суд. Вѣстн. 1872. №№ 131—135; 138; 139. — П. Макалинскій — Задачи юридическаго сѣзда въ Москвѣ. Полезно ли у насъ существованіе апелляціонныхъ инстанцій для разсмотрѣнія фактической стороны уголовныхъ дѣлъ? Русскія Вѣдомости, Газета. Москва. 1874. № 268. — Э. Редеръ — О примѣненіи 159 ст. уст. угол. суд. Суд. Вѣст. 1876. № 86. — А. фонъ Резонъ — Законодательная хроника (Послѣдняя сессія германскаго рейхстага). Ж. Г. У. П. 1886. № 1, с. 195—198. — Фонъ Резонъ — Германскій законопроектъ объ измѣненіи и дополненіи учрежденія судебныхъ уставовъ и устава уголовного судопроизводства. Ж. Г. У. П. 1886. № 5, с. 76—79. — А. К. фонъ Резонъ — Слѣдуетъ ли сохранить апелляціонное производство по уголовнымъ дѣламъ? Вѣст. П. 1899. № 1. — П. Л. Спасскій — О производствѣ уголовныхъ дѣлъ въ окружныхъ судахъ. Практическое руководство. Симбирскъ. 1882. с. 270—280. — В. Л. Тиминскій — Статьи 157 и 159 уст. угол. суд. Суд. Газета. 1883. № 13. — З. — Объ отміну заявленія сторонами неудовольствія на приговоры мировыхъ судебныхъ установленій. Ж. Г. У. П. 1886. № 10. За мѣсяцъ, с. 154—157. — А. Элленбогенъ — О примѣненіи ст. 159 уст. угол. суд. Ж. Г. У. П. 1886. № 4. — И. Хмѣльницкій — О вызовѣ сторонъ въ засѣданія мировыхъ сѣздовъ по уголовнымъ дѣламъ. Суд. Газета. 1890. №№ 9; 10. — И. Остриковъ — Вызовъ и допросъ свидѣтелей по уголовнымъ дѣламъ, разсматриваемымъ въ мировыхъ сѣздахъ. Ю. В. 1890. №№ 1; 2; 5—6. — Остриковъ — Уголовные свидѣтели въ мировыхъ сѣздахъ по дѣламъ частнаго обвиненія. Ю. В. 1891. № 1. — Волжинъ — Законъ и жизнь. Т. I. — А. Мар-

о такъ называемомъ апелляціонномъ уг.-суд. производствѣ, съ желательной ясностью и точностью.

Апелляціонное уг.-суд. производство представляетъ собой сложную уг.-суд. дѣятельность.

Ее производитъ іерархически высшій уг. судъ, съ участіемъ обжалуемаго уг. суда 1-й инстанціи, а также съ участіемъ должностныхъ и частныхъ лицъ, по жалобамъ сторонъ на неокончательный

ковъ — Объ обжалованіи подсудимыми оправдательныхъ приговоровъ. Ж. Г. У. П. 1891. №№ 7; 8. — Законъ 28 января 1892 г. объ измѣненіи ст. 157, 879 и 882 уст. угол. суд. Суд. Газета. 1892. №№ 6; 11. — О законѣ 28 января 1892 г. объ извѣщеніи сторонъ о времени слушанія дѣлъ въ мировыхъ сѣздахъ и судебныхъ палатахъ. Юрид. Газета. 1892. № 18. — Н. Перельмитеръ — О значеніи 159 ст. уст. угол. суд. Юрид. Газета. 1892. № 82. — З. — Проектъ измѣненія 157, 879 и 882 ст. уст. угол. суд. Ж. Г. У. П. 1892. № 2. За мѣсяцъ. с. 116—124. — Я. Затворницкій — Вызовъ обвиняемыхъ въ апелляціонныя инстанціи. Юрид. Газета. 1894. № 63. — К. З. Постовскій — Къ вопросу объ апелляціи въ уголовномъ процессѣ. Ж. М. Ю. 1896. № 2. — Желательность отмѣны апелляціи на уголовные приговоры коллегіальныхъ судовъ. Апелляціонный и кассационный порядки обжалованія. Записка, составленная по порученію г. Министра Юстиціи въ Юрискусольской части Министерства Юстиціи. Спб. 1897. — И. Я. Фойницкій — Объ апелляціонномъ производствѣ въ уголовномъ процессѣ. Докладъ. Ж. М. Ю. 1898. № 9. Хроника. VI. Изъ дѣятельности Юрид. Обществъ. С.-Петербург. Юрид. Общество. с. 243—244. — В. Унтершицъ — Маловажные дѣла и апелляція. Юрид. Газета. 1898. № 35. — В. Бурксеръ — Еще о маловажныхъ дѣлахъ. Юрид. Газета. 1898. № 49. — П. Х. Стаматовъ — Въ правѣ ли судебная палата, въ качествѣ высшей апелляціонной инстанціи, устранить разсмотрѣніе апелляціоннаго отзыва гражданскаго истца въ тѣхъ случаяхъ, когда окружнымъ судомъ постановленъ оправдательный приговоръ за отрицательнымъ рѣшеніемъ общаго вопроса о виновности подсудимыхъ въ приписываемомъ имъ преступленіи. Суд. Газета. 1899. № 37. — С. — Едиличные судьи и апелляціонная инстанція по проекту новой редакціи судебныхъ учреждений. Суд. Газета. 1900. № 48. — Д. Л. — Обновленіе уголовного судопроизводства по проекту новой редакціи . . . Отмѣна апелляціи. Вѣст. П. 1900. № 8. с. 192—198. — В. Я. Фуксъ — Апелляціонное производство. Право. 1901. № 41. — Ф. Гр. — По поводу предполагаемаго упраздненія апелляціоннаго производства по уголовнымъ дѣламъ, подлежащимъ разсмотрѣнію общихъ судебныхъ мѣстъ. Юрид. Газета 1903. № 17. — Ф. Гр. — По вопросу о вызовѣ свидѣтелей по уголовнымъ дѣламъ, разсматриваемымъ въ судебныхъ палатахъ, въ порядкѣ апелляціонномъ. Юрид. Газета. № 20. — Ф. Гр. — Замѣтка по вопросу о вызовѣ въ апелляціонныя засѣданія общихъ судебныхъ установленій подсудимыхъ, содержащихся подъ стражею. Юрид. Газета 1904. № 31. — А. В. Бобріщевъ-Пушкинъ — Парадоксы криминалиста Апелляціи. Юристъ. 1903. № 38. — В. Н. Новиковъ — Апелляціонная инстанція для судовъ съ присяжными засѣдателями въ Англіи. Право. 1908. № 44. — П. И. Люблинскій — Къ реформѣ угол. процесса въ Германіи. Право. 1909. № 46. — П. И. Люблинскій — Введеніе апелляціи по уголовнымъ дѣламъ въ Англіи. Ж. М. Ю. 1909. № 1. — П. И. Люблинскій — Англійскій законъ 1907 г. объ уголовной апелляціи (Criminal Appeal Act 1907) (7 Edw. VII ch. 23). Ж. М. Ю. 1909. № 1. Обзоръ иностр. законодательства. — П. И. Люблинскій — Первая практика англійскаго апелляціоннаго суда (1908—1909). Право. 1910. №№ 24, 25. — П. И. Люблинскій — Очерки уг. суда и наказанія въ соврем. Англіи: II — Введеніе апелляціи по уголовнымъ дѣламъ съ присяжными; III — Первая практика апелляціоннаго уголовного суда (1908—1910). — Л. М. Зайцевъ — Состояніе преступности въ Англіи. Ж. М. Ю. 1913. № 2. — А. И. Люблинскій — Новый итальян. уставъ уг. суд. Ж. М. Ю. 1913. № 6. с. 152—153. — Л. Я. Тауберъ — Права обвиняемаго и обвинителя при апелляціонномъ обжалованіи. Право. 1914. № 7.

уг.-суд. приговоръ, постановленный уг. судомъ 1-й инстанціи по существу уг. дѣла, еще не вступившій въ законную силу.

Эта дѣятельность является сложной и подраздѣляется, по своему составу, на 2 части: 1-я часть этой дѣятельности является приготовительной, а 2-я — главной.

Эта главная часть заключается во вторичномъ изслѣдованіи и рѣшеніи уг. дѣла, соотвѣтственно размѣру обжалованія: или по существу, во всей полнотѣ, какъ относительно вопросовъ факта, такъ и относительно вопросовъ права, или только въ области вопросовъ права.

Цѣлью всей этой сложной дѣятельности служить обнаруженіе и исправленіе возможной ошибки или злоупотребленія въ обжалуемомъ уг.-суд. приговорѣ.

Относится ли эта ошибка или злоупотребленіе къ фактической сторонѣ уг. дѣла или къ юридической, это — безразлично.

Въ наукѣ, апелляція по уг. дѣламъ вызываетъ разногласіе.

Большинство процессуалистовъ признаетъ апелляцію необходимой, хотя о размѣрахъ ея необходимости идутъ оживленные споры.

Меньшинство же отрицаетъ всякую надобность въ апелляціи.

При сравнительной оцѣнкѣ доводовъ за и противъ допущенія апелляціи по уг. дѣламъ, нельзя не присоединиться къ мнѣнію большинства, если взглянуть на дѣло, съ точки зрѣнія уг.-суд. политики, руководимой интересами всесторонняго, возможно большаго народ. благосостоянія.

Въ самомъ дѣлѣ, всѣ общіе уг. суды 1-й инстанціи въ культ. государствахъ раздѣляются на 2 категоріи. Къ 1-й относятся общіе уг. суды съ участіемъ присяжныхъ засѣдателей, а ко 2-й — общіе уг. суды, безъ участія присяжныхъ.

Общій уг. судъ съ участіемъ присяжныхъ засѣдателей, при правильномъ строеніи его устройства и дѣятельности, согласномъ съ требованіями уг.-суд. политики, руководимой интересами всесторонняго, возможно большаго народ. благосостоянія, имѣетъ такую организацію, что учрежденіе апелляціоннаго суда надъ этимъ судомъ противорѣчитъ дѣйствительнымъ интересамъ народ. благосостоянія.

Такъ, въ правильной системѣ уг. судоустройства, соотвѣтствующей требованіямъ уг.-суд. политики возможно большаго народ. благосостоянія, апелляціонный судъ долженъ быть, по своей организаціи, выше, совершеннѣе обжалуемаго суда. Создать же надъ правильно устроеннымъ судомъ присяжныхъ еще болѣе совершенный судъ безъ присяжныхъ и даже болѣе совершенный судъ присяжныхъ нѣтъ возможности.

Кромѣ того, благодаря довѣрію и уваженію въ народѣ къ суду присяжныхъ, неприкасаемый профессиональный уг. судъ, поставленный въ качествѣ апелляціонной инстанціи надъ судомъ присяжныхъ, легко можетъ быть принятъ народомъ за органъ уничтоженія приговоровъ присяжнаго суда, неприятныхъ правительству, и легко можетъ вызвать къ себѣ неуваженіе и недоувѣріе населенія. А недоувѣріе и неуваженіе къ уг. суду въ народѣ очень вредно и для правового порядка, и для народ. благосостоянія.

Такимъ образомъ, оказывается, что уг.-суд. приговоры, постановленные уг. судами I-й инстанціи съ участіемъ присяжныхъ засѣдателей, не должны быть доступны никакой апелляціи.

Каждый изъ общихъ уг. судовъ I-й инстанціи, безъ присяжныхъ, какъ по своему устройству, такъ и по условіямъ своей дѣятельности, вполне допускаетъ существованіе надъ собой іерархически высшаго, болѣе совершеннаго, апелляціоннаго суда, а потому здѣсь возможно учрежденіе апелляціи. Но въ интересахъ возможно большаго народ. благосостоянія, ради обезпеченія быстроты и непоколебимости уг. правосудія, эта апелляція должна быть допущена только съ ограниченіями.

1. Апелляція должна быть допущена въ тѣхъ случаяхъ, когда въ теченіе закономъ опредѣленнаго срока, по объявленіи уг.-суд. приговора, открылись новыя доказательства, способныя указать на существованіе крупной ошибки или злоупотребленія въ постановленномъ рѣшеніи вопроса о виновности обвиняемаго. Таковы — доказательства, свидѣтельствующія: а) въ пользу невиновности осужденнаго, или б) въ пользу виновности оправданнаго, или в) въ пользу гораздо большей или гораздо меньшей виновности осужденнаго.

2. Апелляція должна быть допущена, въ теченіе опредѣленнаго срока, относительно всѣхъ уг.-суд. приговоровъ, постановленныхъ уг. судомъ I-й инстанціи, безъ присяжныхъ, на основаніи разбирательства, произведеннаго въ отсутствіе обвиняемаго, при отсутствіи защитника.

3. Апелляція должна быть допущена относительно всѣхъ уг.-суд. приговоровъ, постановленныхъ, такими уг. судами I-й инстанціи, которые имѣютъ единоличный составъ, какъ напр., участковый мировой судья, или въ смѣшанной судейской коллегіи имѣютъ большинство членовъ изъ народныхъ судей, безъ высшаго юридическаго образованія, какъ напр., судъ шэффеновъ.

Допущенія апелляціи въ этихъ 3 категоріяхъ случаевъ требуютъ: принципы цѣлесообразности, матерьялосообразности и нравственности, принципы основательности и правомѣрности уг. правосудія, принципъ огражденія личности отъ излишнихъ стѣсненій и руководящій принципъ народ. благосостоянія.

За исключеніемъ этихъ 3 категорій случаевъ, нѣтъ никакой надобности въ допущеніи апелляціи по уг. дѣламъ, рѣшеннымъ общими уг. судами I-й инстанціи. Напротивъ, за предѣлами этихъ исключеній, апелляція можетъ быть вредна, такъ какъ напрасно замедлитъ ходъ уг. правосудія, увеличить затраты труда и денегъ и уменьшить непоколебимость уг.-суд. приговоровъ.

Обращаясь къ культ. государствамъ, мы должны сказать, что каждое изъ нихъ устанавливаетъ апелляціонное уг.-суд. производство и учреждаетъ общіе апелляціонные уг. суды. Эти суды уполномочены, въ случаѣ ходатайства сторонъ, проверять и, по мѣрѣ надобности, непосредственно исправлять злоупотребленія и ошибки, сдѣланныя другими, подчиненными, общими уг. судами I-й инстанціи въ фактической и правовой или только въ правовой сторонѣ разобранныхъ уг. дѣлъ, завершенныхъ неокончательными суд. приговорами, не вошедшими въ законную силу.

Огромное большинство культ. государствъ, какъ напр., Австрія, Венгрія, Германія, Италія, Россія, Сѣверо-Американскіе Соединенные Штаты, Франція, учреждаетъ общіе апелляціонные уг. суды только для пересмотра уг.-суд. приговоровъ, постановленныхъ уг. судами I-й инстанціи, безъ присяжныхъ (У. 854).

Такого же взгляда держалась до послѣдняго времени и Англія, но въ 1907 г. рѣшительно пошла по другому пути.

28 авг. 1907 г. былъ изданъ въ Англіи законъ „объ уголовной апелляціи“ или, точнѣе было бы сказать, законъ объ уголовно-судебной апелляціи. Вступленіе этого закона въ дѣйствіе послѣдовало 18 апр. 1908 г.

Этотъ законъ, по мѣткому выраженію П. И. Любинскаго (Введеніе апелляціи. Ж. М. Ю. 1909. № 1. с. 1), „является безспорно самымъ радикальнымъ и самымъ важнымъ изъ принятыхъ въ Англіи за послѣднее пятидесятилѣтіе законовъ, касающихся уголовного судоустройства и судопроизводства. Онъ явился продуктомъ болѣе чѣмъ шестидесятилѣтней упорной борьбы за введеніе апелляціи по дѣламъ, рѣшаемымъ съ участіемъ присяжныхъ“.

Англія замѣтила, что ея коллегіи присяжныхъ засѣдателей: и въ ассизахъ, и въ четвертныхъ засѣданіяхъ выносятъ иногда совершенно неосновательные обвинительные вердикты, т. е. рѣшенія о виновности обвиняемыхъ.

Въ свою очередь, было замѣчено, что и коронные суды въ уг. судахъ съ присяжными постановляютъ иногда неправомѣрные осудительные уг.-суд. приговоры, какъ по неосновательнымъ, такъ даже и по основательнымъ рѣшеніямъ присяжныхъ засѣдателей.

Явилось желаніе обезпечить этимъ неосновательнымъ обвинительнымъ вердиктамъ присяжныхъ и неправомѣрнымъ осудительнымъ приговорамъ коронныхъ судей правомѣрную своевременную отмѣну въ уг.-суд. порядкѣ, безъ выжиданія вступленія этихъ приговоровъ въ законную силу и безъ обращенія къ помилованію.

Сильно дорожа вообще своимъ уг. судоустройствомъ и судопроизводствомъ, относясь съ большимъ сочувствіемъ къ установившемуся апелляціонному производству по гражд. дѣламъ и отчасти по уголовнымъ, рѣшеннымъ, безъ присяжныхъ, и боясь крупныхъ нововведеній неиспытаннаго характера или мало испытаннаго на англійской почвѣ, Англія не рѣшилась: ни усовершенствовать возможнымъ образомъ систему уг.-суд. дѣятельности суда присяжныхъ, ни учредить надъ судомъ присяжныхъ постоянный высшій общій кас. уг. судъ, ни установить постоянный высшій общій уг. судъ, компетентный, безъ разрѣшенія высшей администраціи, къ разсмотрѣнію и рѣшенію вопросовъ о возобновленіи уг. дѣлъ, оконченныхъ суд. приговорами, вошедшими въ законную силу, но рѣшилась расширить сферу апелляціоннаго уг.-суд. производства и учредила 28 авг. 1907 г. уголовный апелляціонный судъ надъ судами присяжныхъ.

Согласно закону 28 авг. 1907 г. и дополнительному закону 21 дек. 1908 г., этотъ апелляціонный угол. судъ состоитъ изъ многихъ лицъ. Предсѣдателемъ является лордъ, главной судья

Англии, а членами — всѣ судьи высшаго суда по отдѣленію королевской скамьи.

Для дѣйствительности засѣданія необходимо присутствіе нечетнаго числа судей, въ количествѣ не менѣе трехъ, съ предсѣдателемъ включительно.

Предсѣдательствуетъ лордъ, главный судья Англии, а въ его отсутствіе — старшій членъ суда.

Рѣшеніе постановляется согласно съ мнѣніемъ большинства судей, слушавшихъ дѣло.

Законъ 1907 г. не даетъ обвинителю никакого права жалобы: ни противъ оправдательныхъ вердиктовъ или рѣшеній коллегіи присяжныхъ засѣдателей, ни противъ оправдательныхъ уг.-суд. приговоровъ, основанныхъ на оправдательныхъ вердиктахъ.

Этотъ законъ, въ видѣ общаго правила, за нѣкоторыми исключеніями, устанавливаетъ право обжалованія только въ пользу обвиненнаго судомъ присяжныхъ, а именно — только въ пользу такого лица, которое было предано суду присяжныхъ за уг. правонарушеніе по обвинительному акту (on indictment) и было признано виновнымъ коллегіей присяжныхъ въ ея вердиктѣ, а затѣмъ или еще ни къ чему не присуждено уг.-суд. приговоромъ, такъ какъ уг. судья отложилъ постановку уг.-суд. приговора, или уже присуждено уг.-суд. приговоромъ къ наказанію или къ освобожденію отъ наказанія, но не къ оправданію.

Законные поводы обжалованія въ пользу обвиненнаго судомъ присяжныхъ опредѣлены этимъ закономъ, но его постановленія въ этомъ отношеніи нѣсколько страдаютъ многословіемъ и нѣкоторыми неясностями и неточностями.

Я не стану излагать этихъ поводовъ во всей ихъ полнотѣ¹⁾, но охарактеризую ихъ только въ главныхъ чертахъ.

1) Постановленія закона 1907 г. относительно этихъ законныхъ поводовъ обжалованія приведены въ рус. переводѣ П. И. Люблинскимъ. Люблинскій — Англійскій законъ 1907 г. объ уг. апелляціи. Ж. М. Ю. 1909. № 1. Обзоръ иностр. законодательства. с. 244—246. — Люблинскій — Очерки уг. суда и наказанія въ соврем. Англии. с. 125—127.

„Лицо, осужденное по обвинительному акту (on indictment)“, говоритъ 3-я статья закона объ уг. апелляціи, въ переводѣ П. И. Люблинскаго (Англійскій законъ 1907 г. Ж. М. Ю. 1909. № 1. с. 244), „можетъ апеллировать на основаніи настоящаго закона въ уголовный апелляціонный судъ:

а) противъ своего осужденія по всякому апелляціонному основанію, которое заключаетъ въ себѣ только вопросъ права; и

б) съ позволенія апелляціоннаго уголовного суда или по удостовѣренію судьи, рѣшавшаго дѣло, о томъ, что настоящее дѣло является пригоднымъ для апелляціи, — противъ осужденія, по всякому апелляціонному основанію, которое заключаетъ въ себѣ только вопросъ факта или смѣшанный вопросъ права и факта или по какому либо другому основанію, которое покажется суду достаточнымъ основаніемъ для апелляціи; и

в) съ позволенія апелляціоннаго уголовного суда, — противъ осуждающаго его“ (т. е. это лицо), приговора, если только приговоръ точно не опредѣленъ въ законѣ“.

Въ дальнѣйшей же 4-й статьѣ содержатся слѣд. постановленія. „4. — 1) Уголовный апелляціонный судъ“, говоритъ она, „будетъ допускать апелляцію по всякой такой жалобѣ противъ осужденія, если онъ признаетъ, что вердиктъ присяжныхъ долженъ быть устраненъ вслѣдствіе того, что онъ неразуменъ или не

Эти поводы сводятся къ четыремъ. Таковы: 1) неправильное рѣшеніе вопросовъ права, 2) неправильное рѣшеніе вопросовъ факта или смѣшанныхъ вопросовъ права и факта, но не само по себѣ, а только въ томъ случаѣ, когда судья, рѣшавшій дѣло, далъ обвиненному удостовѣреніе въ пригодности этого дѣла для апелляціи, или когда судья уголовного апелляціоннаго суда или самъ уг. апелляціонный судъ далъ позволеніе подсудимому на принесеніе апелляціонной жалобы, 3) всякое такое обстоятельство, которое судья уголовного апелляціоннаго суда или самъ уг. апелляціонный судъ призналъ достаточнымъ для выдачи обвиненному позволенія на подачу апелляціоннаго обжалованія, и 4) неразумность обвинительнаго вердикта или рѣшенія, постановленнаго коллегіей присяжныхъ засѣдателей противъ подсудимаго, или невозможность оставленія этого вердикта въ силѣ, въ виду имѣющихся доказательствъ.

Признавъ обжалованный обвинительный вердиктъ коллегіи присяжныхъ засѣдателей, еще не повлекшій уг.-суд. приговора, не правильнымъ, уг. апелляціонный судъ отмѣняетъ этотъ вердиктъ и самъ постановляетъ оправдательный уг.-суд. приговоръ.

Если обжаловано обвинительное рѣшеніе коллегіи присяжныхъ, уже повлекшее за собою освободительный или осудительный уг.-суд. приговоръ, а уг. апелляціонный судъ признаетъ обвиненнаго достойнымъ оправданія, то этотъ судъ отмѣняетъ вердиктъ и приговоръ и самъ постановляетъ свой оправдательный приговоръ.

Если обжалованъ не обвинительный вердиктъ коллегіи присяжныхъ, но постановленный по этому вердикту уг.-суд. приговоръ, а уг. апелляціонный судъ признаетъ этотъ приговоръ неправильнымъ или неправомѣрнымъ; то этотъ судъ отмѣняетъ этотъ приговоръ и самъ, согласно вердикту и закону, постановляетъ, вмѣсто прежняго, новый болѣе строгій или менѣе строгій, освободительный или осудительный уг.-суд. приговоръ.

Вотъ — единственный въ мірѣ апелляціонный уг. судъ надъ судомъ присяжныхъ. Система судоустройства — неудовлетворительная. Но отправлять поправочное апелляціонное уг. правосудіе будутъ лучшіе судьи Англіи, облеченные несмѣняемостью, обладающіе высокой нравственностью, высшимъ юридическимъ образованіемъ и обширной судейской опытностью, обставленные прочно сложившимися благопри-

можетъ быть сохраняемъ въ виду имѣющихся доказательствъ, или что рѣшеніе суда, передъ которымъ жалобщикъ былъ осужденъ, должно быть устранено по причинѣ неправильнаго рѣшенія юридическаго вопроса или вслѣдствіе того, что по какой либо причинѣ получилась ошибка въ правосудіи (*miscarriage of Justice*); въ остальныхъ же случаяхъ судъ будетъ отказывать въ допущеніи апелляціи; . . .

2) Сообразно со спеціальными постановленіями настоящаго акта, уголовный апелляціонный судъ, допустивъ апелляцію на осужденіе, кассируетъ обвинительный приговоръ и предпишетъ занести въ протоколъ оправдательный приговоръ и вердиктъ.

3) При апелляціи противъ приговора, уголовный апелляціонный судъ, если онъ признаетъ, что слѣдовало бы постановить иной приговоръ, кассируетъ постановленный на судъ приговоръ и постановитъ такой другой приговоръ, предписываемый закономъ согласно вердикту (или болѣе, или менѣе строгій), на замѣну прежняго, какой онъ сочтетъ соотвѣтственнымъ, а въ другихъ случаяхъ онъ отвергнетъ апелляцію“.

ятными условиями общественной жизни. Такие судьи, и при плохой системѣ судоустройства, могутъ дать хорошіе результаты. Нѣтъ сомнѣнія, однако, что, при хорошей системѣ судоустройства, и результаты судопроизводства будутъ еще лучше.

Учрежденіе же короннаго апелляціоннаго уг. суда надъ судомъ присяжныхъ, безъ англійскихъ образцовыхъ судей, безъ англійскихъ условий общественной жизни, было бы, несомнѣнно, жестокимъ ударомъ для уг. правосудія и народ. благосостоянія.

Суд. практика англійскаго апелляціоннаго уг. суда указываетъ, что онъ относится къ обвинительнымъ рѣшеніямъ присяжныхъ очень осторожно и бережно.

Онъ отмѣняетъ обвинительныя рѣшенія присяжныхъ: и еще не сопровождающіяся, и уже сопровождающіяся обвинительными уг.-суд. приговорами, какъ одни, такъ и вмѣстѣ съ послѣдовавшими приговорами, а, отмѣнивъ, постановляетъ свои оправдательные приговоры по отношенію къ обвиненнымъ лицамъ, но дѣлаетъ это только въ тѣхъ случаяхъ, когда со стороны присяжныхъ дѣйствительно была сдѣлана важная ошибка, при рѣшеніи вопросовъ факта или права.

Напр., по свидѣтельству Л. М. Зайцева (Состояніе преступности въ Англіи. Ж. М. Ю. 1913. № 2. Хрон. VI. с. 174), въ 1910 г. только 6⁰/₁₀₀ изъ осужденныхъ судами присяжныхъ Англіи воспользовалось правомъ подачи апелляцій, а „изъ нихъ лишь по одному на восемнадцать добились полного оправданія“. Если примемъ во вниманіе, что въ 1910 г. въ судахъ присяжныхъ въ Англіи судилось 66389 человекъ и что изъ нихъ осуждено 84⁰/₁₀₀ (Зайцевъ — Состояніе преступности въ Англіи. с. 177); то получимъ, что только 3346 осужденныхъ судами присяжныхъ подали апелляціонныя жалобы, а изъ этихъ жалобщиковъ было оправдано апелляціоннымъ судомъ только 185 человекъ.

Однако, уже и теперь у англійскихъ судей начинаетъ вырабатываться убѣжденіе, что апелляціонному уг. суду слѣдовало бы предоставить право передачи уг. дѣлъ, въ случаяхъ отмѣны вердиктовъ, на пересмотръ суда присяжныхъ, по существу. А развитіе этого убѣжденія въ самой Англіи, у самихъ судей, на почвѣ судебной практики апелляціоннаго уг. суда, служить несомнѣннымъ доказательствомъ, что вердикты присяжныхъ лучше подвергать кассационному, а не апелляціонному пересмотру со стороны высшаго профессиональнаго, короннаго суда.

Познакомившись съ англійскимъ нововведеніемъ въ области апелляціи, съ учрежденіемъ апелляціоннаго уг. суда надъ судомъ присяжныхъ, возвратимся къ апелляціоннымъ уг. судамъ въ культ. государствахъ вообще, отмѣтимъ разнообразіе въ объемѣ допущенія апелляціи по уг. дѣламъ въ разныхъ государствахъ и укажемъ общіе апелляціонныя уг. суды.

Что касается до объема апелляціи по уг. дѣламъ, то въ этомъ отношеніи между культ. государствами встрѣчается много различій. Наибольшей щедростью въ допущеніи апелляціи отличаются государства, не учреждающія суда, присяжныхъ, какъ напр., Голландія, Данія,

наименьшей — Германская Имперія. Россія занимает одно из средних мѣстъ въ ряду щедрыхъ государствъ.

Относительно самихъ апелляціонныхъ уг. судовъ въ культ. государствахъ нужно привести слѣд. свѣдѣнія.

Въ Англіи общимъ уг. апелляціоннымъ судомъ по уг. дѣламъ первостепенной и второстепенной важности (выше с. 149), рѣшеннымъ судами присяжныхъ въ ассизахъ и четвертныхъ засѣданіяхъ (с. 169—170; 167—168), служитъ апелляціонный уг. судъ, а по уг. дѣламъ третъестепенной важности, рѣшеннымъ, по существу, въ I-й инстанціи единоличными мировыми судьями, или полицейскими судьями, или рикордерами, или коллегіями изъ двухъ мир. судей, — коллегія изъ нѣсколькихъ мир. судей, или полицейскихъ судей, или рикордеровъ въ четвертномъ засѣданіи, безъ участія присяжныхъ.

Въ Австріи и Венгріи общимъ апелляціоннымъ уг. судомъ по уг. дѣламъ третъестепенной важности, рѣшеннымъ единоличными участковыми судьями въ I-й инстанціи, является коллегіальный судъ I-й инстанціи, а по уг. дѣламъ второстепенной важности, рѣшеннымъ въ I-й инстанціи коллегіальными уг. судами I-й инстанціи, — судъ II-й инстанціи въ Австріи и судебная палата въ Венгріи.

Въ Германской Имперіи общимъ апелляціоннымъ уг. судомъ по дѣламъ третъестепенной важности, рѣшеннымъ въ I-й инстанціи единоличными участковыми судьями, и по уг. дѣламъ третъестепенной и нѣкоторымъ второстепенной важности, рѣшеннымъ въ I-й инстанціи судами шѣффеновъ, служитъ уг. отдѣленіе земскаго суда.

Во Франціи и Италіи общимъ апелляціоннымъ уг. судомъ по уг. дѣламъ третъестепенной важности, рѣшеннымъ въ I-й инстанціи единоличными судьями (извѣстными подъ именемъ полицейскихъ судей во Франціи и преторовъ въ Италіи), выступаетъ коллегіальный исправительный судъ, а по уг. дѣламъ второстепенной важности, рѣшеннымъ въ I-й инстанціи исправительнымъ судомъ, — апелляціонный судъ.

Въ Рос. Имперіи общими апелляціонными уг. судами являются: 1) мировой съѣздъ — по уг. дѣламъ второстепенной и третъестепенной важности, рѣшеннымъ въ I-й инстанціи неокончательными уг.-суд. приговорами единоличныхъ участковыхъ, добавочныхъ и почетныхъ мир. судей [Уч. 1; 3; 14/13 г.; 14¹/13 г., съ 2-мя прим., по зак. 13 г.; 15; 16/13 г.; 45¹/13 г.; 46/13 г.; 47; 438/12; 439/12; 463, съ прим. 2/12; 472; 474—475; 563. — У. 145; 157/13 г.; 1286], 2) окружный судъ — по уг. дѣламъ второстепенной и третъестепенной важности, рѣшеннымъ въ I-й инстанціи неокончательными уг.-суд. приговорами упрздняемыхъ единоличныхъ уѣздныхъ членовъ окружнаго суда [УП. I. 27; 29/6 г.; 30], а также неокончательными уг.-суд. приговорами участковыхъ, добавочныхъ и почетныхъ мир. судей въ архангельской губерніи [Уч. 606/12 — 608/12; 612/12. — У. 1379/12], въ яренскомъ и усть-сысольскомъ уѣздахъ вологодской губерніи [У. 1365¹/12; 1365²/12], въ черноморской губерніи [Уч. 461²/12; 461⁵/12. — У. 1264] и въ округахъ иркутской [Уч. 624/12 — 626/12; 635/12. — У. 1415/12], омской и ташкентской [648/12 — 650/12; 659/12. — У. 1453/12]

суд. палатъ, а равно и неокончательными уг.-суд. приговорами мир. судей и ихъ помощниковъ въ округахъ тифлискаго, кутаискаго, елисаветпольскаго, эриванскаго и бакинскаго окружныхъ судовъ тифлисской суд. палаты [Уч. 444/12 — 446/12; 450/12; 451/12. — У. 1264], 3) упраздняемое судебное присутствіе уѣзднаго съѣзда (Св. Зак. Т. IX. Особое Приложение. Положенія о сельскомъ состояніи. Изд. 1902 г. Кн. III. Разд. I. Положеніе о Земскихъ Участковыхъ Начальникахъ. ст. 65; 67) — по уг. дѣламъ второстепенной и третьестепенной важности, рѣшеннымъ въ I-й инстанціи неокончательными уг.-суд. приговорами упраздняемыхъ городскихъ судей и земскихъ участковыхъ начальниковъ, лишаемыхъ суд. власти [УП. II. 206; 218; 220; 225, съ прим., по Прод. 12 г.], и 4) судебная палата — по уг. дѣламъ второстепенной важности, рѣшеннымъ въ I-й инстанціи неокончательными уг.-суд. приговорами окружныхъ судовъ, безъ присяжныхъ засѣдателей [У. 853; 856—858; 878], а также по уг. дѣламъ о преступленіяхъ первостепенной важности, влекущихъ наказанія, соединенныя съ лишеніемъ всѣхъ правъ состоянія или всѣхъ особенныхъ правъ и преимуществъ, рѣшеннымъ въ I-й инстанціи окружными судами, безъ присяжныхъ засѣдателей, въ Закавказьѣ [Уч. 437/12. — У. 1271], въ терской области [Уч. 437/12. — У. 1256/12], въ варшавскомъ суд. округѣ [Уч. 523. — У. 1309], въ холмской губерніи, перечисленной изъ варшавскаго суд. округа въ округъ кіевской суд. палаты [Уч. 555¹/12; 555³/12; 523. — У. 1309], въ прибалтійскихъ губерніяхъ: эстляндской, лифляндской и курляндской [У. 1338], въ александровскомъ и печерскомъ уѣздахъ архангельской губерніи [1399¹/12; 1406¹/12], въ березовскомъ и сургутскомъ уѣздахъ тобольской губерніи округа омской суд. палаты [У. 1423/12 и 1440/12 въ связи съ примѣчаніемъ, по Прод. 12 г., къ ст. 1485¹/12], въ округѣ ташкентской суд. палаты [У. 1461/12; 1479/12] и въ округѣ иркутской суд. палаты [У. 1423/12; 1440/12].

По нашему общему уг.-суд. законодательству, неокончательными уг.-суд. приговорами признается огромное большинство уг.-суд. приговоровъ, постановленныхъ нашими общими уг. судами I-й инстанціи, безъ присяжныхъ.

Такъ, неокончательными уг.-суд. приговорами у насъ признаются: 1) всѣ оправдательные, освободительные и осудительные уг.-суд. приговоры, постановленные окружными судами въ качествѣ I-й инстанціи, безъ присяжныхъ [Уч. 437/12; 523. — У. 853; 856—858; 1256/12; 1309; 1338; 1399¹/12; 1406¹/12; 1423/12; 1440/12; 1461/12; 1479/12], 2) всѣ оправдательные, освободительные и осудительные уг.-суд. приговоры, постановленные мировымъ судьей [У. прим., по Прод. 12 г., къ ст. 124] или упраздняемымъ уѣзднымъ членомъ окружнаго суда [УП. I. 30], по преступленіямъ или проступкамъ, подсудными мировой юстиціи, предусмотрѣннымъ нѣкоторыми дѣйствующими статьями уг. уложенія, 3) всѣ оправдательные и освободительные уг.-суд. приговоры, постановленные: миро-

выми судьями [У. 145 въ связи съ 124; 1264; 1286; 1365¹/12; 1365²/12; 1379/12; 1415/12; 1453/12], помощниками мировыхъ судей [У. 1264 въ связи съ Уч. 446, 450—451], упраздняемыми уѣздными членами окружныхъ судовъ [УП. I. 30], упраздняемыми городскими судьями и теряющими суд. власть, земскими участковыми начальниками [УП. II. 206], по подсуднымъ прес. дѣяніямъ, предусмотрѣннымъ статьями устава о нак. или уложеніи о нак., и 4) тѣ осудительные уг.-суд. приговоры, которые постановляются только что указанными единоличными судебными органами, по уставу о нак. или уложеніи о нак., и присуждаютъ виновныхъ къ законному наказанію выше внушенія, замѣчанія или выговора, или пятнадцатирублеваго денежнаго штрафа съ одного лица, или трехдневнаго ареста, или присуждаютъ даже одно изъ этихъ наказаній, но сверхъ того присуждаютъ виновнаго къ уплатѣ гражданскаго вознагражденія выше 30 рублей по гражданскому иску потерпѣвшаго [У. 145 въ связи съ 124. — УП. I. 30; II. 206].

На подачу апелляціоннаго обжалованія полагается у насъ, по общему правилу, двухнедѣльный срокъ.

Онъ исчисляется: 1) по отношенію къ приговору мирового судьи [У. 147/13 г.] или упраздняемаго уѣзднаго члена окружнаго суда [УП. I. 30] — со времени объявленія или изготавленія приговора [У. 147/13 г.] и 2) по отношенію къ приговору окружнаго суда [У. 865] или упраздняемаго городского судьи или теряющаго суд. власть земскаго участковаго начальника [УП. II. 220] — со времени объявленія приговора [У. 865; 829; 830].

Началомъ срока считается день, слѣдующій за объявленіемъ приговора (У. 866).

Если послѣдній день срока приходится на день неприсутственный; то окончаніемъ срока считается первый слѣдующій за нимъ присутственный день (У. 866).

Срокъ не считается пропущеннымъ, если, до истеченія его, апелляціонный отзывъ частнаго лица или протестъ прокуратуры отправленъ по почтѣ (У. 867).

На подачу апелляціоннаго обжалованія противъ заочнаго осудительнаго уг.-суд. приговора, съ которымъ мы познакомимся далѣе (§ 74 у), полагается, по общему правилу, для обвиняемаго также двухнедѣльный срокъ. Но этотъ срокъ исчисляется „со дня врученія“ копій съ этого приговора этому лицу (У. 138¹/13 г.; 834⁴/13 г. — УП. II. 210; 220), а, въ видѣ исключенія, — „со дня объявленія обвиняемому“ опредѣленія городского судьи или земскаго участковаго начальника объ оставленіи заочнаго приговора въ силѣ, вопреки ходатайству обвиняемаго о новомъ разсмотрѣніи дѣла (УП. II. 213; 216; 220).

Въ видѣ исключенія, на подачу апелляціоннаго обжалованія противъ заочнаго осудительнаго уг.-суд. приговора, оставленнаго въ силѣ мировымъ судьей (У. 139¹/13 г.), или окружнымъ судомъ (У. 834⁵/13 г.), или уѣзднымъ членомъ окружнаго суда (УП. I. 30 въ связи съ У. 139¹/13 г.), вопреки отзыву обвиняемаго о новомъ раз-

смотрѣніи дѣла, полагается обвиняемому льготный добавочный трехдневный срокъ.

Этотъ льготный срокъ исчисляется со времени полученія обвиняемымъ увѣдомленія отъ суда объ оставленіи обжалованнаго заочнаго приговора въ силѣ, а дается только въ томъ случаѣ, „если ко времени полученія сего увѣдомленія срокъ на обжалованіе обвиняемымъ заочнаго приговора уже истекъ, или если до истеченія означеннаго срока остается менѣ трехъ дней“ (У. 139¹/13 г.; 834⁶/13 г.).

Слѣдуетъ замѣтить, что Высочайшимъ указомъ 29 дек. 1905 г. [П. С. З. (с. 3). Т. XXV. № 27161], въ видѣ временной мѣры, предоставлено мир. сѣздамъ округа варшавской суд. палаты, въ случаѣ устраненія или удаленія гминныхъ судей и лавниковъ отъ должностей, подчинять дѣла, подсудныя гминнымъ судамъ, разсмотрѣнію ближайшихъ мир. судей и замѣнять гминныхъ судей въ составѣ мир. сѣздовъ мир. судьями (Уч. 463, съ прим. 2/12).

§ 72. 2. Общіе ревизіонные уголовные суды. Слово: „ревизія“ значитъ: „пересмотръ“ и не передаетъ общаго понятія о такъ называемомъ ревизіонномъ уг.-суд. производствѣ, съ надлежащей ясностью и точностью.

Ревизіонное уг.-суд. производство является сложной уг.-суд. дѣятельностью.

Ее производитъ іерархически высшій уг. судъ, съ участіемъ должностныхъ и частныхъ лицъ, по обязательному представленію подчиненнаго уг. суда, постановившаго неокончательный уг.-суд. приговоръ, не вступившій въ законную силу.

Эта дѣятельность состоитъ во вторичномъ изслѣдованіи и рѣшеніи уг. дѣла по существу, но только исключительно или главнымъ образомъ на основаніи письменныхъ актовъ предварительнаго слѣдствія, а затѣмъ и судебного слѣдствія, произведеннаго подчиненнымъ уг. судомъ, постановившимъ пересматриваемый приговоръ.

Цѣлью этой дѣятельности служитъ обнаруженіе и исправленіе возможной ошибки или злоупотребленія въ уг.-суд. приговорѣ подчиненнаго уг. суда.

Относится ли эта ошибка къ фактической сторонѣ уг. дѣла или къ юридической, это — безразлично.

Ревизіонное уг.-суд. производство болѣе апелляціоннаго замедляетъ ходъ уг. правосудія, а между тѣмъ менѣе апелляціоннаго обезпечиваетъ основательность уг. правосудія. Въ виду этого, ревизіонное уг.-суд. производство необходимо только при отсутствіи хорошо устроеннаго апелляціоннаго производства.

Опредѣляя понятіе объ общихъ ревизіонныхъ уг. судахъ, слѣдуетъ сказать, что подъ этимъ именемъ разумѣются тѣ общіе уг. суды, которые должны, въ силу закона, по своей собственной обязанности, помимо всякихъ жалобъ обвиняющей или защищающей стороны, провѣрять и исправлять злоупотребленія и ошибки, сдѣланныя другими подчиненными общими уг. судами въ фактической и правовой или только въ правовой сторонѣ уг. дѣлъ, рѣшенныхъ этими подчинен-

ными судами въ качествѣ I-й инстанціи и завершенныхъ неокончательными уг.-суд. приговорами, не вошедшими въ законную силу.

Въ прежнія времена большинство государствъ учреждало ревизіонное уг.-суд. производство, но въ XIX вѣкѣ почти всѣ культ. государства отказались отъ этого производства и замѣнили его апелляціоннымъ и кассационнымъ.

Въ настоящее время ревизіонное уг.-суд. производство сохранилось только въ очень немногихъ культ. странахъ.

Напр., законъ, дѣйствующій у насъ въ Великомъ Княжествѣ Финляндскомъ, постановляетъ, что „приговоры низшаго Суда по дѣламъ [о важнѣйшихъ преступленіяхъ (grofvare brott)], подлежащихъ его вѣдомству, не могутъ быть приводимы въ исполненіе, но онъ долженъ немедленно отсылать свое слѣдствіе и рѣшеніе въ Гофгерихтъ, для дальнѣйшаго разсмотрѣнія и изслѣдованія“¹⁾.

Этими нисшими судами являются: герадскій, т. е. уѣздный судъ²⁾, и ратгаузскій, т. е. городской судъ³⁾.

Гофгерихтовъ въ Финляндіи три.

§ 73. β. Общіе поправочные уголовные суды для пересмотра окончательныхъ уголовно-судебныхъ приговоровъ, не вошедшихъ въ законную силу⁴⁾. Эти суды обыкновенно называются общими уголовными кассационными судами.

1) Корево — Общее уложеніе Финляндіи. Отдѣлъ о судопроизводствѣ. Гл. XXV. ст. 5. — Выше с. 53—54. — Судоустройство и судопроизводство Финляндіи. Очеркъ дѣйствующихъ въ Великомъ Княжествѣ Финляндскомъ мѣстныхъ законовъ. По распоряженію Предсѣдателя Коммисіи для составленія свѣдѣній по финляндскимъ законамъ и систематизаціи сихъ законовъ. Спб. 1901. с. 19; 33.

2) Корево — Общее уложеніе Финляндіи. Отд. о судопр. Гл. I. ст. 1. — Судоустройство и судопр. Финляндіи. с. 6—7; 19; 33.

3) Корево — Общее уложеніе Финляндіи. Отд. о судопр. Гл. I. ст. 4. — Судоустройство и судопр. Финляндіи. с. 7—8; 19; 33.

4) Н. А. Буцковскій — Очеркъ кассационнаго порядка отмѣны судебныхъ рѣшеній по судебнымъ уставамъ 20 ноября 1864 года. Спб. 1866. То же напечатано въ книгѣ Буцковскаго: „Очерки судебныхъ порядковъ по уставамъ 20 ноября 1864 года“. Спб. 1874. с. 1—218. — Гдб. — Представленіе залоговъ, какъ необходимое условіе для подачи жалобъ въ Сенатъ, и ожидаемое вліяніе этой мѣры. Дѣло. 1868. № 8. — П. Т. — въ — Когда кончается срокъ на изъясненіе неудовольствія на приговоры мировыхъ судей? Суд. Вѣст. 1868. № 209. — Наше кассационное производство. Суд. Вѣст. 1869. № 174. — Бернаръ — Кассационное производство. Переводъ. Т. I—II. Изданіе Редакціи „Судебнаго Журнала“, въ качествѣ приложенія къ этому журналу за 1873 и 1874 г.г. Отдѣльный оттискъ. Спб. 1874. — Н. П. Тимофѣевъ — Сборникъ кассационныхъ мотивовъ на окончательные приговоры сѣздовъ мировыхъ судей по дѣламъ уголовнымъ и поводовъ къ отмѣнѣ означенныхъ приговоровъ. Спб. 1872. Вып. I. — А. М. — Къ вопросу о порядкѣ производства уголовныхъ дѣлъ послѣ кассации. Суд. Вѣст. 1873. № 118. — Кассация оправдательнаго приговора по жалобѣ гражданскаго истца. Сѣверный Вѣстникъ. Газета. Спб. 1877. № 43. — В. Ильинскій — Кассационный залогъ и право бѣдности. Ю. В. 1880. № 9. — Спасскій — О производствѣ уг. дѣлъ въ окружн. судахъ. с. 284—298. — Къ ст. 930 уст. угол. суд. (какимъ образомъ исправить ошибку, допущенную Сенатомъ при кассации рѣшенія). Суд. Газета. 1883. № 43. — Г. Градовскій — Вторичное разсмотрѣніе уголовныхъ дѣлъ. Суд. Газета. 1883. № 48. — Судъ надъ кассационнымъ судомъ. Вѣст. Е. 1883. № 12. — О необходимости допущенія жалобъ на рѣшенія кассационнаго суда.

Кас. уг.-суд. производство составляет сложную уг.-суд. дѣятельность.

Ее производитъ іерархически высшій уг. судъ, съ участіемъ обжалуемаго уг. суда, а также должностныхъ и частныхъ лицъ, по

Суд. Газета, 1884. № 261. — Къ вопросу о значеніи кассационныхъ рѣшеній. Юрид. Обзоріе, 1885. № 227. — З. — Объ отмѣнѣ заявленія сторонами неудовольствія на приговоры мировыхъ судебныхъ установленій. Ж. Г. У. П. 1886. № 10. За мѣсяцъ (юрид. хроника). с. 154—157. — Уголовная лотерея. Новости. Спб. 1888. № 33. — Волжинъ — Законъ и жизнь. Т. II. — Кассация въ интересахъ закона. Суд. Газета, 1893. № 22. — Указатель нарушеній устава уголовного судопроизводства, признанныхъ уголовнымъ кассационнымъ департаментомъ безусловно существенными. Юрид. Газета, 1896. №№ 94; 96. — К. П. Змирловъ — Желательная реформа въ нашемъ кассационномъ производствѣ и судоустройствѣ. Ж. М. Ю. 1896. № 5. — П. Стаматовъ — Противорѣчія въ рѣшеніяхъ Правительствующаго Сената и средства къ поддержанію единства и однообразія въ его практикѣ. Ж. Ю. О. 1898. № 1. — Стаматовъ — О надзорѣ за судебными установленіями. Ж. Ю. О. 1898. № 3. — О производствѣ въ судебныхъ палатахъ уголовныхъ дѣлъ въ кассационномъ порядкѣ. Суд. Газета, 1898. № 12. — І. Будзилевичъ — О порядкѣ кассационнаго разсмотрѣнія уголовныхъ дѣлъ въ Сибири. Ж. Ю. О. 1898. № 3. — В. Курловъ — Подлежатъ ли кассационному обжалованію оправдательные приговоры. Юрид. Газета, 1898. № 83. — Д. Л. — Свобода судейскаго убѣжденія передъ кассационнымъ судомъ. Право, 1899. № 42. — С. Ф. Мальцевъ — Кассация оправдательныхъ приговоровъ. Ж. М. Ю. 1899. № 10. — Н. Коломейцевъ — Губернское присутствіе, какъ судъ кассационный, образованный по закону 1889 г. Юрид. Газета, 1900. № 84. — Къ вопросу о судебной дѣятельности губернскихъ присутствій. Юрид. Газета, 1900. № 85. — А. К. Вульфъ — Нашъ кассационный судъ по проекту новой редакціи учр. суд. уст. Право, 1900. №№ 43; 44. — Вульфъ — О предоставленіи судебнымъ палатамъ кассационныхъ функций по дѣламъ единоличныхъ судей. Право, 1900. №№ 50; 51. — А. О. Дукмасовъ — Вопросы права и закона. Спб. 1900. с. 179—205. — Д. Л. — Обновленіе уголовного процесса по проекту новаго устава уголовного судопроизводства. Вѣст. П. 1900. № 84. — Юрид. обзоріе, 2. — О кассационномъ обжалованіи по уголовнымъ дѣламъ. Суд. Газета, 1901. №№ 10—13. — О кассации въ интересахъ закона. Суд. Газета, 1901. № 14. — А. В. Бобрищевъ - Пушкинъ — Парадоксы криминалиста. Кассация. Юристъ, 1902. № 3. — Бобрищевъ - Пушкинъ — Кассация оправдательнаго приговора. Юристъ, 1902. № 7. — А. К. фонъ Резонъ — О границахъ кассационнаго разсмотрѣнія въ уголовномъ судопроизводствѣ. Ж. М. Ю. 1902. №№ 1; 2. — Гр. — Судебный приговоръ и кассационные поводы. Юрид. Газета, 1903. № 11. — Въ правѣ ли оправданный подсудимый приносить кассационную жалобу? Вѣст. П. 1903. № 4. Юрид. обзор. с. 246 — 256. — В. Набоковъ — Кассационный анахронизмъ. Право, 1904. № 38. — А. Куликовъ — Тифлисская судебная палата, какъ кассационная инстанція. Ж. М. Ю. 1906. № 1. Хрон. III. — Н. С. Таганцевъ — Уголовное уложеніе 22 марта 1903 г. Статьи, введенныя въ дѣйствіе. Съ мотивами и т. д. Спб. 1911. с. 447—448. прим. 1. — П. И. Люблинскій — Очерки уг. суда и наказанія въ соврем. Англіи. с. 178—179. — П. Сергѣичъ — Важный вопросъ въ сенатѣ. Право, 1910. № 52. — Сергѣичъ — Существенныя и не существенныя нарушенія въ кассационной практикѣ сената. Право, 1911. № 11. — Е. М. Кулишеръ — Новыя черты кассационнаго производства. Ж. У. П. П. 1912. № 1. — Е. Кулишеръ — Н. С. Таганцевъ о новой сенатской практикѣ. Право, 1913. № 1. — В. Новиковъ — Процессуальные вопросы въ практикѣ Сената за 1911 годъ. Ж. У. П. П. 1912. № 1. — А. И. Люблинскій — Новый итальян. уставъ уг. суд. Ж. М. Ю. 1913. № 4. с. 152—155; № 6. с. 154—157. — Право, 1914. № 16. С.-Петерб. юрид. общество. с. 1340—1342 (докладъ Э. Ю. Эрлихъ: „Кассация оправдательныхъ приговоровъ“); с. 1342—1345 (пренія). — Э. Ю. Эрлихъ — Кассация оправдательныхъ приговоровъ. Право, 1914. №

жалобамъ заинтересованныхъ лицъ на окончательный уг.-суд. приговоръ, постановленный обжалуемымъ уг. судомъ, по существу уг. дѣла, не вошедшій въ законную силу.

Эта дѣятельность раздѣляется на 2 части: подготовительную и главную.

Главная часть состоитъ въ изслѣдованіи правомѣрности обжалуемаго уг.-суд. приговора и въ назначеніи законныхъ мѣръ къ поддержанію господства права.

Цѣлью этой дѣятельности служить обнаруженіе и исправленіе возможной ошибки или злоупотребленія въ юридической сторонѣ уг. дѣла.

Слово: „кассация“ значить: „отмѣна“.

Поправочное уг.-суд. производство по пересмотру окончательныхъ уг.-суд. приговоровъ, не вошедшихъ въ законную силу, называется кассационнымъ потому, что іерархически высшій судъ, разсмотрѣвъ окончательный уг.-суд. приговоръ подчиненнаго уг. суда, по жалобѣ заинтересованной стороны или гос. стража законовъ, и признавъ этотъ обжалованный приговоръ не правомѣрнымъ во всѣхъ его частяхъ или въ какой-нибудь части, кассируетъ, т. е. отмѣняетъ его цѣликомъ или только въ неправомѣрной части.

Кас. уг.-суд. производство бываетъ двухъ типовъ: стараго и новаго.

Кас. уг.-суд. производство стараго типа отличается той особенностью, что кас. уг. судъ, кассировавъ, т. е. отмѣнивъ обжалованный уг.-суд. приговоръ подчиненнаго уг. суда и признавъ необходимымъ присудить новое взамѣнъ отмѣненнаго, никогда не присуждаетъ ничего сама, но передаетъ дѣло другому уг. суду для новаго разбирательства и рѣшенія, въ предѣлахъ, необходимыхъ для основательнаго и правомѣрнаго совершенія этой замѣны.

Кас. уг.-суд. производствомъ стараго типа мы обязаны Франціи. Оно начало вырабатываться во Франціи въ XIV вѣкѣ, прочно установилось въ XVI и продолжало развиваться до революціи 1789 г.

Во времена революціи законъ (27 ноября — 11 декабря) 1790 г. отмѣнилъ прежнее кас. уг.-суд. производство и установилъ, вмѣсто него, свое, значительно отличающееся отъ прежняго. Для осуществленія судейскихъ кас. функций учрежденъ этимъ закономъ „кассационный трибуналь“, при законодательномъ корпусѣ.

Французскій уставъ уг. суд. 1808 г. и законъ о судоустройствѣ 1810 г. замѣнили „кассационный трибуналь“ „кассационнымъ судомъ“, имѣющимъ тѣ же функціи, но нѣсколько иное устройство.

Въ этомъ видѣ, безъ существенныхъ измѣненій, остается во Франціи кас. судъ до сихъ поръ.

Изъ Франціи кас. уг.-суд. производство стараго типа распространилось, съ нѣкоторыми болѣе или менѣе значительными измѣненіями, и въ другихъ государствахъ, напр., въ Бельгіи, въ Италіи до 1913 г., въ Россіи.

Кас. уг.-суд. производство новаго типа отличается той особенностью, что кас. уг. судъ, отмѣнивъ обжалованный уг.-суд. приговоръ подчиненнаго уг. суда цѣликомъ или въ нѣкоторой части и признавъ необходимымъ присудить новое взамѣнъ отмѣненнаго, не всегда пере-

дасть дѣло другому уг. суду для новаго разбирательства и рѣшенія, но иногда, при отмѣнѣ не всего приговора, а только нѣкоторой его части, самъ присуждаетъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ новое, взамѣнъ отмѣненнаго.

Передача уг. дѣла кассационнымъ уг. судомъ другому суду на новое разбирательство и рѣшеніе имѣетъ мѣсто въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ присужденіе новаго, взамѣнъ отмѣненнаго, необходимо требуетъ новаго разсмотрѣнія фактической стороны этого дѣла.

Непосредственное же присужденіе новаго, взамѣнъ отмѣненнаго, въ предѣлахъ нѣкоторой части приговора самимъ кас. уг. судомъ допускается только въ тѣхъ случаяхъ, когда для новаго присужденія необходимо лишь примѣнить законъ къ фактамъ, уже удостовѣреннымъ, констатированнымъ въ обжалованномъ приговорѣ, а правильность констатированія ихъ не подлежитъ сомнѣнію.

Кас. уг.-суд. производство новаго типа выработано впервые въ Австріи. Оно установлено австрійскимъ уставомъ уг. судопроизводства 1873 г. (§ 288); изъ Австріи заимствовано германскимъ уставомъ уг. суд. 1877 г., съ напраснымъ переименованіемъ изъ кассационнаго въ ревизіонное (§ 394), а потомъ принято венгерскимъ уставомъ уг. суд. 1896 г. (§§ 437—438) и итальянскимъ 1913 г. (§§ 524; 526—531).

Необходимость кас. уг.-суд. производства въ культ. государствъ, въ области общаго уг. судопроизводства, не подлежитъ сомнѣнію, если взглянуть на дѣло, съ точки зрѣнія уг.-суд. политики возможно большаго народ. благосостоянія.

Въ самомъ дѣлѣ, для возможно большаго народ. благосостоянія необходимо, чтобы уг. правосудіе отличалось въ достаточной мѣрѣ основательностью, правомѣрностью, быстротой и непоколебимостью уг.-суд. приговоровъ.

Кас. уг.-суд. производство составляетъ одно изъ самыхъ важныхъ и наиболѣе дѣйствительныхъ средствъ къ обезпеченію правомѣрности уг. правосудія, но за то нѣсколько уменьшаетъ быстроту правосудія и непоколебимость уг.-суд. приговоровъ.

Отсюда становится ясно, что кас. уг.-суд. производство необходимо для народ. благосостоянія не во всѣхъ возможныхъ случаяхъ, а только въ тѣхъ категоріяхъ случаевъ, гдѣ польза, приносимая этимъ производствомъ, съ помощью обезпеченія правомѣрности уг. правосудія, сильно превышаетъ вредъ, наносимый этимъ производствомъ, какъ вслѣдствіе уменьшенія быстроты уг. правосудія, такъ и вслѣдствіе уменьшенія непоколебимости уг.-суд. приговоровъ.

Опредѣлить же эти категоріи случаевъ не представляетъ затрудненія.

И дѣйствительно, мы уже знаемъ, что въ культ. государствъ, въ области общаго уг. правосудія, отправляемаго уг. судами I-й инстанцій безъ присяжныхъ, необходимо долженъ быть учрежденъ апелляціонный пересмотръ рѣшенныхъ уг. дѣлъ, т. е. пересмотръ уг. дѣлъ не только съ юридической стороны, но и съ фактической, и притомъ долженъ быть учрежденъ, только въ видѣ исключенія, лишь въ 3 категоріяхъ случаевъ (выше с. 190—191).

Далѣе, намъ извѣстно, что, при правильномъ строеніи и объемѣ

апелляціоннаго уг.-суд. пересмотра уг.-суд. приговоровъ въ культ. государствѣ, нѣтъ никакой надобности въ ревизіонномъ уг.-суд. производствѣ (выше с. 199—200) и, какъ увидимъ ниже (§ 74 γ), нѣтъ никакой нужды въ повторительномъ уг.-суд. производствѣ.

А вмѣстѣ съ тѣмъ мы знаемъ, что кас. уг.-суд. производство служить средствомъ къ исправленію возможныхъ злоупотребленій и ошибокъ лишь въ юридической сторонѣ уг. дѣла.

Въ виду этихъ обстоятельствъ, становится понятно, что, при правильномъ строеніи и объемѣ апелляціоннаго уг.-суд. производства въ культ. государствѣ, уг.-суд. приговоры, постановленные общими уг. судами I-й инстанціи безъ присяжныхъ, доступные пересмотру не только съ юридической стороны уг. дѣлъ, но и съ фактической, т. е. неокончательные, и притомъ доступные апелляціонному производству, не должны допускать, сверхъ того, еще и кас. уг.-суд. производства.

Далѣе, съ точки зрѣнія интересовъ возможно большаго народ. благосостоянія, быстроты уг. правосудія и непоколебимости уг.-суд. приговоровъ, большинство уг.-суд. приговоровъ, постановленныхъ общими уг. судами I-й инстанціи безъ присяжныхъ (выше с. 191), точно также, какъ и уг.-суд. приговоры уг. судовъ I-й инстанціи съ присяжными (с. 190—191), а равно и уг.-суд. приговоры апелляціонныхъ уг. судовъ, не допускаютъ: ни апелляціоннаго пересмотра, ни пересмотра уг. дѣлъ съ фактической стороны въ поправочномъ судѣ и, такимъ образомъ, являются окончательными. А между тѣмъ эти приговоры, въ интересахъ возможно большаго народ. благосостоянія и правомѣрности уг. правосудія, настоятельно нуждаются въ обезпеченіи возможности пересмотра юридической стороны уг. дѣлъ поправочнымъ судомъ. Пересмотръ же этихъ приговоровъ поправочнымъ судомъ съ этой стороны, давая выигрышъ въ правомѣрности уг. правосудія, далеко искупаетъ проигрыши въ быстротѣ уг. правосудія и въ непоколебимости уг.-суд. приговоровъ, если ограничить надлежащими передѣлами срокъ обжалованія и законные поводы обжалованія, т. е. обстоятельства, дающія, по закону, право на обжалованіе.

При такомъ положеніи вещей, обнаруживается, что въ интересахъ возможно большаго народ. благосостоянія въ культ. государствѣ, должно быть учреждено кас. уг.-суд. производство, съ надлежащими ограниченіями срока и законныхъ поводовъ обжалованія, относительно всѣхъ окончательныхъ уг.-суд. приговоровъ, безразлично къ тому, постановлены ли эти приговоры общими уг. судами I-й инстанціи безъ присяжныхъ, или общими уг. судами I-й инстанціи съ присяжными, или общими апелляціонными уг. судами.

Это и принято во всѣхъ культ. государствахъ, учреждающихъ не только апелляціонный, но и кас. пересмотръ уг.-суд. приговоровъ, какъ напр., въ Австріи, Венгріи, Германіи, Италіи, Рос. Имперіи, Франціи. Уг.-суд. приговоры неокончательные не подлежатъ кас. пересмотру. Онъ учрежденъ лишь относительно окончательныхъ приговоровъ, т. е. доступныхъ пересмотру только съ юридической стороны, а не съ фактической.

Такъ, напр. наше общее уг.-суд. законодательство постановляетъ, что „жалобы и протесты въ порядкѣ кассационномъ допускаются только противъ окончательныхъ приговоровъ, которые не могутъ быть обжалованы въ апелляціонномъ порядкѣ“ (У. 905; 173; 854; 855. — УП. II. 237).

Уг.-суд. приговоры, постановленные въ этихъ государствахъ уг. судами I-й инстанціи съ присяжными признаются окончательными (У. 854) и подлежатъ кас. пересмотру, но никакъ не апелляціонному. Англія же, напротивъ, признаетъ эти приговоры неокончательными и учреждаетъ для нихъ закономъ 1907 г. лишь апелляціонный пересмотръ, а не кассационный.

Что касается срока подачи кас. обжалованія окончательныхъ уг.-суд. приговоровъ, не вошедшихъ въ законную силу, то онъ долженъ быть короткимъ, но достаточнымъ для составленія обдуманной основательной кас. жалобы.

Такъ и принято въ культ. государствахъ, учреждающихъ кас. пересмотръ.

У насъ, напр., на подачу кассационнаго обжалованія полагается двухнедѣльный срокъ.

По общему правилу, онъ исчисляется: 1) по отношенію къ приговорамъ мирового судьи и мирового съѣзда [У. 147/13 г. въ связи съ 175/13 г.], по отношенію къ приговору уѣзднаго члена окружнаго суда [УП. I. 30] и по отношенію къ приговору окружнаго суда, какъ апелляціонной инстанціи по дѣламъ уѣзднаго члена [УП. I. 30], — со времени объявленія или изготвленія приговора и 2) по отношенію къ окончательнымъ приговорамъ всѣхъ нашихъ прочихъ общихъ, а въ томъ числѣ и окружныхъ, уг. судовъ, — со времени объявленія приговора [У. 854—855; 910; 1267; 1285¹/12 въ связи съ 1267; 1382/12; 1383/12; 1419/12; 1457/12. — УП. II. 206; 237; 238; 240; 241].

Изъ этихъ общихъ правилъ исчисленія двухнедѣльнаго кас. срока сдѣлано исключеніе въ пользу тѣхъ обвиняемыхъ, которые не присутствовали при апелляціонномъ разбирательствѣ ихъ уг. дѣлъ, если эти лица живутъ въ яренскомъ или усть-сыольскомъ уѣздѣ вологодской губерніи (У. 1365²/12), или въ александровскомъ или печерскомъ уѣздѣ архангельской губерніи (1399/12), или въ губерніяхъ и областяхъ Сибири (1422/12), или въ областяхъ средней Азіи (1460/12), а это апелляціонное разбирательство произведено и уг.-суд. приговоръ постановленъ окружнымъ судомъ, взятымъ мирового съѣзда. Началомъ кассационнаго срока для такого обвиняемаго считается тотъ день, въ который апелляціонный уг.-суд. приговоръ окружнаго суда, замѣняющаго мир. съѣздъ, сталъ извѣстенъ обвиняемому.

Ограниченіе законныхъ поводовъ кассационнаго обжалованія можетъ производиться по двумъ системамъ: перечневой и смѣшанной.

Какъ при той, такъ и при другой системѣ, кас. уг. судъ пересматриваетъ обжалованный окончательный уг.-суд. приговоръ, по содержанію, съ юридической стороны, но — только въ томъ случаѣ, когда въ кас. обжалованіи указанъ какой-нибудь изъ законныхъ поводовъ

кас. обжалованія, т. е. какое-нибудь изъ несоблюденій дѣйствующаго закона, дающихъ, по закону, право на кас. обжалованіе. Если же въ кас. обжалованіи не указано ни одного изъ законныхъ поводовъ кассациі; то кас. судъ оставляетъ обжалованный приговоръ безъ пересмотра, по содержанію.

Между этими системами есть важная разница, но она выступаетъ въ другомъ отношеніи.

Перечневая система законныхъ поводовъ кассациі отличается той особенностью, что, при этой системѣ, законъ самъ опредѣляетъ и перечисляетъ съ точностью тѣ несоблюденія дѣйствующаго закона, которыя служатъ законными поводами кассациі. Если въ кас. жалобѣ указанъ законный поводъ кассациі; то кас. уг. судъ, при наличности прочихъ необходимыхъ законныхъ условій кас. обжалованія, обязанъ отмѣнить обжалованный приговоръ.

Эта система была выработана впервые во Франціи, но въ не совсѣмъ удовлетворительномъ видѣ, такъ какъ законные поводы кассациі были перечислены закономъ недостаточно полно. Этотъ недостатокъ былъ восполненъ самимъ французскимъ кас. судомъ. Въ такомъ видѣ эта система дѣйствуетъ во Франціи и въ наше время (Уст. уг. суд. §§ 408—411; 413—414).

Изъ Франціи перечневая система была заимствована Австріей (Уст. уг. суд. §§ 281; 344; 468; 475 ч. 1; 479), Венгріей (Уст. уг. суд. §§ 426; 427 въ связи съ 384—385; 428; 441; 518 ч. 9; 556), а, при заимствованіи, была усовершенствована въ Австріи и Венгріи надлежащимъ увеличеніемъ числа законныхъ поводовъ кассациі.

Смѣшанная система законныхъ поводовъ кассациі имѣетъ ту особенность, что одни изъ этихъ поводовъ опредѣлены съ точностью самимъ закономъ, а другіе охарактеризованы закономъ не точно, а только въ самыхъ общихъ чертахъ, при чемъ законъ предоставляетъ самому кас. уг. суду рѣшеніе вопроса, слѣдуетъ ли признать данное несоблюденіе предписаній закона основаніемъ къ отмѣнѣ даннаго обжалованнаго приговора или нѣтъ.

Эта система имѣетъ 3 разновидности: русскую, германскую и итальянскую.

Рус. разновидность выработана въ Россіи и введена впервые нашими Судебными Уставами 20 ноября 1864 г. Она дѣйствуетъ у насъ и въ настоящее время (У. 174; 912. — УП. II. 237).

По нашему общему уг.-суд. законодательству, законными поводами кассациі служатъ: 1) явное нарушеніе прямого смысла закона и неправильное толкованіе закона, при опредѣленіи состава преступленія или проступка, или при опредѣленіи рода наказанія [У. 174 п. 1; 912 п. 1], или при опредѣленіи степени наказанія [У. 174 п. 3; 912 п. 3], 2) нарушеніе обрядовъ и формъ судоустройства и судопроизводства столь существенныхъ, что безъ соблюденія ихъ невозможно признать приговоръ въ силѣ судебнаго рѣшенія [У. 174 п. 2; 912 п. 2. — УП. II. 237 п. 2], и 3) нарушеніе предѣловъ вѣдомства, т. е. подсудности, или предѣловъ власти, или предѣловъ подсудности и власти, предоставленной закономъ суду [У. 174 п. 3; 912 п. 3. —

УП. II. 237 п. 1], какъ напр., присужденіе обвиняемаго за прест. дѣяніе неподсуднаго рода къ степени наказанія, не предоставленной въ распоряженіе даннаго уг. суда.

Нарушеніе мѣры наказанія, безъ нарушенія его рода и степени, не составляетъ законнаго повода кассаци, такъ какъ назначеніе мѣры наказанія человѣку за преступленіе или проступокъ, въ предѣлахъ узаконеннаго рода и узаконенной степени, предоставлено закономъ на усмотрѣніе суда.

Неправильное примѣненіе закона къ менѣе важному прест. дѣянію, при совокупности преступленій и проступковъ, не составляетъ законнаго повода кассаци въ томъ случаѣ, когда это неправильное примѣненіе закона не могло имѣть вліянія на назначеніе наказанія за болѣе важное прест. дѣяніе (У. 914).

Наконецъ, и ошибка въ ссылкѣ на законъ, при опредѣленіи преступленія или проступка и назначеніи наказанія, не составляетъ законнаго повода къ отмѣнѣ приговора въ томъ случаѣ, когда наказаніе назначено то самое, которое установлено закономъ за данное прест. дѣяніе, хотя и не тѣмъ, на который сдѣлана ссылка уг. судомъ въ его приговорѣ (У. 913).

Такова рус. разновидность системы законныхъ поводовъ кассаци.

Германская разновидность выработана въ Германской Имперіи, а введена впервые германскимъ уставомъ уг. суд. 1877 г. (§§ 376—377).

Итальянская разновидность уставлена итальянскимъ уставомъ уг. суд. 1913 г. (§§ 500—503).

Главное различіе между рус. разновидностью съ одной стороны и германской и итальянской съ другой состоитъ въ слѣдующемъ. Германскіе и итальянскіе законы не указываютъ, а наши указываютъ тотъ общій разграничительный признакъ, которымъ долженъ руководиться кас. уг. судъ, при рѣшеніи вопроса, слѣдуетъ ли признать произведенное нарушеніе уг.-суд. закона основаніемъ къ отмѣнѣ обжалованнаго приговора или нѣтъ. Этотъ признакъ охарактеризованъ широко, но неопредѣленно. Имъ служить такая существенность нарушеннаго обряда или формы, что безъ соблюденія ихъ невозможно признать приговоръ въ силѣ судебного рѣшенія (174 п. 2; 912 п. 2. — УП. II. 237 п. 2).

Сравнивая усовершенствованную перечневую систему законныхъ поводовъ кассаци со смѣшанной, съ точки зрѣнія уг.-суд. политики, руководимой интересами возможно большаго народ. благосостоянія, мы должны отдать предпочтеніе первой.

Въ самомъ дѣлѣ, при основательномъ знаніи науки уг.-суд. права и надлежащемъ изученіи уг.-суд. практики, законодатель культ. государства имѣетъ полную возможность заранее опредѣлить и перечислить въ законѣ всѣ тѣ категоріи несоблюденій закона, при каждой изъ которыхъ обжалованный уг.-суд. приговоръ является въ огромномъ большинствѣ случаевъ дѣйствительно въ болѣе или менѣе сильной степени неправомѣрнымъ. Перечисливъ всѣ эти категоріи несоблюденій закона, въ качествѣ законныхъ поводовъ кассаци, законодатель достаточно обезпечить въ этомъ отношеніи возможность от-

мѣны неправомѣрныхъ уг.-суд. приговоровъ путемъ кас. производства. А между тѣмъ достаточно полная перечневая система сильно уменьшаетъ въ сферѣ кас. уг.-суд. производства: какъ судейскій произволъ вообще, такъ и въ частности отклоненіе уг. правосудія кас. судами, подъ вліяніемъ министра юстиціи, въ угоду правительству, отъ права и правды.

Смѣшанная же система, обращаясь во множествѣ случаевъ къ усмотрѣнію кассационнаго уг. суда, предоставляя въ нихъ самому суду рѣшеніе вопроса, слѣдуетъ ли признать данное нарушеніе закона основаніемъ къ отмѣнѣ обжалованнаго уг.-суд. приговора или нѣтъ, открываетъ этимъ широкое поле: какъ для судейскаго произвола вообще, такъ и въ частности для отклоненій уг. правосудія, въ угоду правительству. Съ помощью министра юстиціи правительство возбуждаетъ черезъ прокуратуру кассационные протесты противъ непріятныхъ уг.-суд. приговоровъ. А съ помощью давленія министра юстиціи на председателей и членовъ кас. уг. суда, недостаточно обезпеченныхъ несмѣняемостью и самостоятельностью, содѣйствуетъ отмѣнѣ непріятныхъ приговоровъ и сохраненію пріятныхъ. Одно и то же нарушеніе обряда или формы судопроизводства признается то существеннымъ, то несущественнымъ, смотря по тому, желательно ли кас. уг. суду отмѣнить данный обжалованный приговоръ или нѣтъ.

Познакомившись съ понятіемъ о кас. уг.-суд. производствѣ, скажемъ объ общихъ кас. уг. судахъ.

Общими кас. уг. судами называются тѣ общіе уг. суды, которые управомочены, въ случаѣ ходатайства заинтересованныхъ сторонъ или гос. стража законовъ, провѣрять и, по мѣрѣ надобности, съ помощью другихъ судовъ или даже иногда непосредственно, исправлять злоупотребленія и ошибки, сдѣланныя или допущенныя другими подчиненными уг. судами въ правовой сторонѣ разобранныхъ уг. дѣлъ, завершенныхъ окончательными уг.-суд. приговорами, не вошедшими въ законную силу.

Относительно кас. уг.-суд. производства культ. государства раздѣляются на 3 группы.

Государства 1-й группы совершенно не устанавливаютъ кас. уг.-суд. производства. Примѣромъ можетъ служить Англія. Она никогда не знала кас. уг.-суд. производства въ его развитомъ видѣ, а учрежденныя въ ней прежде нѣкоторыя отдѣльныя проявленія этого производства поглощены всецѣло, благодаря закону 28 авг. 1907 г., апелляціоннымъ уг.-суд. производствомъ.

Государства 2-й группы, какъ напр., Сѣверо-Американскіе Соединенные Штаты, учреждаютъ лишь отдѣльныя разрозненныя проявленія кассационнаго уг.-суд. производства.

Государства же 3-й группы, какъ напр., Австрія, Венгрія, Германія, Італія, Россія, Франція учреждаютъ кас. уг.-суд. производство въ его развитомъ видѣ.

Въ Венгріи, Італіи и Франціи учреждено по одному общему уг. суду, облеченному кас. функцией. Онъ называется въ Італіи и Франціи кассационнымъ судомъ, а въ Венгріи—королевской куріей.

Въ Австріи кас. уг.-суд. функцію исполняютъ: 1) коллегіальные суды 1-й инстанціи — относительно нѣкоторыхъ уг.-суд. приговоровъ, постановленныхъ единоличными участковыми судьями [Уст. уг. суд. 468 въ связи 475 ч. 1], и 2) высшій судъ — относительно уг.-суд. приговоровъ, постановленныхъ коллегіальными судами 1-й инстанціи и судами присяжныхъ [Уст. уг.-суд. 280—281; 343—345; 479].

Въ Германской Имперіи кас. уг.-суд. функція принадлежитъ: 1) верхнимъ земскимъ судамъ — относительно уг.-суд. приговоровъ, постановленныхъ уг. отдѣленіями земскихъ судовъ: а) въ качествѣ 1-й инстанціи, съ нарушеніемъ постановленій мѣстнаго законодательства [Законъ о судоустройствѣ. § 123 п. 3], и б) въ качествѣ апелляціонной инстанціи [Зак. о судоустройствѣ. § 123 п. 2], и 2) имперскому суду — а) относительно уг.-суд. приговоровъ, постановленныхъ уг. отдѣленіями земскихъ судовъ, въ качествѣ 1-инстанціи, съ нарушеніемъ предписаній общаго имперскаго законодательства [Зак. о судоустр. § 136 п. 2], и б) относительно уг.-суд. приговоровъ, постановленныхъ судами присяжныхъ [Зак. о судостр. § 136 п. 2].

Въ Рос. Имперіи общими кас. уг. судами служатъ: 1) мир. съѣздъ — по окончательнымъ уг.-суд. приговорамъ участковыхъ, добавочныхъ и почетныхъ мир. судей [Уч. 1; 3; 14/13 г.; 14¹/13 г., съ 2-мя прим., по зак. 13 г.; 15; 16/13 г.; 45¹/13 г.; 46/13 г.; 47; 438/12; 439/12; 463, съ прим. 2/12; 472; 474—475; 563. — У. 124; 173; 176; 178/13 г.; 1286], 2) окружный судъ — а) по окончательнымъ уг.-суд. приговорамъ упраздняемыхъ уѣздныхъ членовъ окружнаго суда [УП. I. 30 въ связи съ У. 124; 173; 176; 178/13 г.] и б) по окончательнымъ уг.-суд. приговорамъ мир. судей въ архангельской губерніи [Уч. 606/12 — 608/12; 612/12. — У. 1382/12], въ яренскомъ и усть-сысольскомъ уѣздахъ вологодской губерніи [У. 1365¹/12; 1365²/12] и въ округахъ: иркутской [Уч. 624/12 — 626/12; 635/12. — У. 1419/12], омской и ташкентской [Уч. 648/12 — 650/12; 659/12. — У. 1457/12] суд. палатъ, 3) упраздняемое судебное присутствіе уѣзднаго съѣзда [с. 197. № 3] по окончательнымъ уг.-суд. приговорамъ городскихъ судей и земскихъ участковыхъ начальниковъ [УП. II. 206; 237; 240; 242], 4) утрачивающее уголовно-судебную власть губернское присутствіе — по уг.-суд. приговорамъ упраздняемыхъ судебныхъ присутствій уѣздныхъ съѣздовъ [УП. II. 237; 240; 242], 5) судебныя палаты: а) новочеркасская — по окончательнымъ уг.-суд. приговорамъ, постановленнымъ мир. судьями черноморской губерніи [Уч. 432/12; 461²/12; 461⁴/12. — У. 1285¹/12 въ связи съ 1267], а также екатеринодарскимъ окружнымъ судомъ, замѣняющимъ мир. съѣздъ [Уч. 432/12; 461⁶/12. — У. 1285¹/12 въ связи съ 1267], б) тифлисская суд. палата — по окончательнымъ уг.-суд. приговорамъ, постановленнымъ мир. судьями и ихъ помощниками [Уч. 432/12; 444/12 — 446/12; 450/12; 451/12. — У. 1267], а также окружными судами ея округа, замѣняющими мир. съѣзды [Уч. 433/12. — У.

1267], и в) иркутская [У. 1421/12], омская и ташкентская [У. 1459/12] суд. палаты — по окончательнымъ уг.-суд. приговорамъ, постановленнымъ окружными судами, замѣняющими мир. сѣзды, и 6) кассационный по уг. дѣламъ департаментъ правительствующаго сената [Уч. 1; 114. — У. 916—916³] и отдѣленія этого департамента [У. 916¹—916³] — а) по уг.-суд. приговорамъ окружнаго суда съ присяжными засѣдателями [У. 854—855; 910]: а) въ Европейской Россіи [Уч. 7; 84 п. 1—2, п. 3/12, п. 4, прим., по Прод. 12 г., а также Св. Зак. Т. II. Положеніе о Губернскихъ и Уѣздныхъ Земскихъ Учрежденіяхъ. Изд. 1892 г. ст. 16. Приложение съ прим. 1 и 2/12; Уч. 97/12, съ прим. 2; 107; 623¹/12], за исключеніемъ: варшавскаго судебнаго округа [Уч. 523. — У. 1309], холмской губерніи, перечисленной изъ варшавскаго судебнаго округа въ округъ кievской судебной палаты [Уч. 555¹/12; 555³/12; 523. — У. 1309] и трехъ прибалтійскихъ губерній: эстляндской, лифляндской и курляндской [У. 1338], б) въ черноморской губерніи [Уч. 437/12, съ прим., по Прод. 12 г.; 461¹³/12; 461¹⁴/12], в) въ кубанской области [Уч. 437/12, съ прим., по Прод. 12 г.; 441¹/12; 441²/12], д) въ томской губерніи и въ нѣкоторыхъ уѣздахъ тобольской губерніи [Уч. 647¹/12. — У. 1423/12] и е) въ областяхъ: акмолинской, семипалатинской и уральской [Уч. 672¹/12. — У. 1461¹/12], б) по апелляціоннымъ уг.-суд. приговорамъ мир. сѣздовъ [У. 173; 176; 178/13 г.; 1286; 1332; 1337], в) по апелляціоннымъ уг.-суд. приговорамъ архангельскаго окружнаго суда, замѣняющаго мир. сѣздъ [У. 1383/12], и г) по апелляціоннымъ уг.-суд. приговорамъ, постановленнымъ суд. палатами какъ относительно уг. дѣлъ второстепенной важности, рѣшенныхъ окружными судами, въ качествѣ I-й инстанціи, безъ присяжныхъ [У. 854—855; 907—908], такъ и относительно уг. дѣлъ первостепенной важности, рѣшенныхъ окружными судами, въ качествѣ I-й инстанціи, безъ присяжныхъ: въ Закавказьѣ [У. 430/12; 432/12; 437/12. — У. 1271; 1277], въ терской области [Уч. 430/12; 432/12; 437/12. — У. 1256/12], въ округѣ варшавской суд. палаты [Уч. 523. — У. 1309; 1319], въ холмской губерніи [Уч. 555¹/12; 555³/12; 523. — У. 1309; 1319], въ прибалтійскихъ губерніяхъ: эстляндской, лифляндской и курляндской [У. 1338; 1345], въ александровскомъ и печорскомъ уѣздахъ архангельской губерніи [У. 1399¹/12; 1406¹/12], въ березовскомъ и сургутскомъ уѣздахъ тобольской губерніи округа омской суд. палаты [У. Примѣчаніе, по Прод. 12 г., къ ст. 1485¹/12 въ связи съ ст. 1423/12 и 1440/12] и въ округахъ ташкентской [У. 1461/12; 1479/12] и иркутской [У. 1423/12; 1440/12] суд. палатъ.

По нашему общему уг.-суд. законодательству, окончательными уг.-суд. приговорами признаются: 1) уг.-суд. приговоры, постановленные: а) мир. судьями [У. 124; 1267; 1285¹/12 въ связи съ 1267; 1286; 1382/12; 1419/12; 1457/12], б) помощниками мировыхъ судей въ округахъ тифлисскаго, кутаисскаго,

елисаветпольскаго, эриванскаго и бакинскаго окружных судовъ тифлисской суд. палаты [Уч. 446/12; 450/12; 451/12], в) упраздняемыми уѣздными членами окружныхъ судовъ [УП. I. 30], г) упраздняемыми городскими судьями [УП. II. 206] и д) творящими суд. власть земскими участковыми начальниками [УП. II. 206], постановленные, на основаніи разбирательства уг. дѣлъ, по существу, по прест. дѣяніямъ, предусмотрѣннымъ въ уставѣ о нак. или въ уложеніи о нак., присуждающіе виновныхъ къ внушенію, замѣчанію или выговору, или къ денежному штрафу не выше 15 рублей съ одного лица, или къ аресту не выше трехъ дней, безъ присужденія къ уплатѣ гражданскаго вознагражденія или съ присужденіемъ виновнаго къ уплатѣ гражданскаго вознагражденія не выше 30 рублей по гражд. иску потерпѣвшаго [У. 124. — УП. II. 206], 2) уг.-суд. приговоры окружнаго суда съ присяжными [У. 854] и 3) апелляціонные уг.-суд. приговоры, постановленные нашими общими уг. судами апелляціонной инстанціи, а именно — а) мир. съѣздами [У. 173; 176; 1286; 1332; 1337], б) окружными судами, по апелляціонному пересмотру уг.-суд. приговоровъ, исходящихъ: а) отъ мировыхъ судей въ архангельской губерніи [У. 1399¹/12] и въ нѣкоторыхъ уѣздахъ вологодской губерніи [У. 1365¹/12; 1365²/12] и б) отъ упраздняемыхъ уѣздныхъ членовъ окружнаго суда [УП. I. 30], в) упраздняемыми судебными присутствіями уѣздныхъ съѣздовъ [УП. II. 237; 238; 240] и г) судебными палатами [854; 855; 907—908; 1256/12; 1271; 1277; 1309; 1319; 1338; 1345; 1399¹/12; 1406¹/12; 1423/12 и 1440/12 въ связи съ примѣчаніемъ, по Прод. 12 г., къ ст. 1485¹/12; 1479/12].

На подачу кассационнаго обжалованія полагается, по нашему уг.-суд. законодательству: въ видѣ общаго правила — двухнедѣльный срокъ (У. 138¹/13 г.; 147/13 г.; 175/13 г.; 834⁴/13 г.; 865; 910. — УП. II. 210; 213; 216; 220; 238), а въ видѣ исключенія, — льготный добавочный трехдневный срокъ (У. 139¹/13 г.; 834⁵/13 г.).

При исчисленіи этихъ сроковъ кассационнаго обжалованія должны быть соблюдаемы тѣ же правила, какія узаконены для исчисленія соответствующихъ сроковъ апелляціоннаго обжалованія (см. статьи У. и УП., только что приведенныя выше с. 211; см. также выше с. 198—199).

Въ кругу нашихъ общихъ уг. судовъ, облеченныхъ отправленіемъ кассационнаго правосудія по уг. дѣламъ, руководящее значеніе принадлежитъ уг. кас. департаменту правит. сената.

Уг. кас. департаментъ правит. сената имѣетъ: какъ распорядительныя засѣданія, такъ и судебныя. Дѣловое присутствіе департамента въ этихъ засѣданіяхъ должно состоять не менѣе, какъ изъ 7 сенаторовъ: предсѣдательствуетъ первоприсутствующій сенаторъ уг. кас. департамента, а засѣдаетъ съ нимъ 6 сенаторовъ этого департамента (Уч. 140¹). Въ засѣданіи въ обоихъ случаяхъ долженъ присутствовать оберъ-секретарь этого департамента (Уч. 140¹). Но въ суд. засѣданіи присутствіе оберъ-прокурора уг. кас. департамента или товарища оберъ-прокурора обязательно (Уч. 141. — У. 921), а

присутствіе прокуратуры въ распорядительномъ засѣданіи зависитъ отъ ея усмотрѣнія (Уч. 141).

Уг. кас. департаментъ имѣетъ нѣсколько отдѣленій (Уч. 140 прим. 1). Эти отдѣленія имѣютъ только суд. засѣданія. Дѣловое присутствіе отдѣленія въ суд. засѣданіи должно состоять не менѣе, какъ изъ 3 сенаторовъ уг. кас. департамента. Предсѣдательствуетъ старшій изъ присутствующихъ сенаторовъ (Уч. 140¹). Для дѣйствительности засѣданія необходимо присутствіе оберъ-секретаря (Уч. 140¹) и оберъ-прокурора или его товарища (Уч. 141. — У. 921).

Всѣ кас. жалобы частныхъ лицъ, т. е. обвиняемыхъ и частныхъ обвинителей и кас. протесты прокуратуры, подлежащія вѣдѣнію уг. кас. департамента, разсматриваются сначала въ распорядительномъ засѣданіи этого департамента. Онъ классифицируетъ поступившія кас. ходатайства. Прежде всего онъ отдѣляетъ и устраняетъ отъ разсмотрѣнія, по содержанію, тѣ изъ нихъ, которыя „предъявлены съ нарушеніемъ установленныхъ закономъ формальныхъ условій“, напр., съ пропускомъ двухнедѣльнаго кас. срока, или безъ внесенія обязательнаго залога, „или же не заключаютъ въ себѣ никакихъ указаній на поводы къ отмѣнѣ рѣшенія“ (У. 916¹).

Затѣмъ, департаментъ распредѣляетъ, какія изъ кас. ходатайствъ, подлежащихъ разсмотрѣнію, по содержанію, должны быть разсмотрѣны въ суд. присутствіи департамента и какія — въ суд. присутствіи отдѣленія департамента (У. 916¹).

„Присутствіемъ департамента разсматриваются дѣла, по которымъ оказывается необходимость въ разъясненіи точнаго смысла законовъ для руководства“, а, точнѣе было бы сказать, для содѣйствія (выше с. 70—71), „къ единообразному ихъ истолкованію или примѣненію“ (У. 916²).

Присутствіе же отдѣленія производитъ кас. разбирательство по такимъ кас. ходатайствамъ, которыя подлежатъ вѣдѣнію уг. кас. департамента, но не требуютъ мотивированнаго разъясненія законовъ уг. судамъ (У. 916²), такъ какъ смыслъ закона, нарушеннаго въ данномъ случаѣ обжалуемыхъ уг. судомъ, или самъ по себѣ ясенъ, или уже ранѣе разъясненъ мотивированнымъ опредѣленіемъ уг. кас. департамента или общаго собранія кас. деп-въ (У. 237), или общаго собранія I-го и кас. деп-въ (Уч. 117. — У. 245) и т. д.

Кас. опредѣленіе или рѣшеніе компетентнаго кас. уг. суда не подлежитъ никакому кас. пересмотру. Это — общепринятое правило (У. 927; 118).

Изъ него сдѣлано у насъ одно исключеніе. Если министръ юстиціи „усмотритъ, что губернское присутствіе, при разбирательствѣ или рѣшеніи судебного дѣла, допустило явное отступленіе отъ истиннаго смысла закона“; то имѣетъ право сдѣлать предложеніе соединенному присутствію I-го и уг. кас. департамента о кас. пересмотрѣ этого кас. рѣшенія. Цѣлью этого кас. пересмотра служить „установленіе правильнаго и единообразнаго примѣненія закона и возстановленіе нарушеннаго порядка“ [Собр. уз. 1890 г. № 3 ст. 24. Выс. утв. мнѣніе Гос. Совѣта 29 дек. 1889 г. по проекту правилъ о производствѣ судебныхъ дѣлъ, подвѣдомственныхъ земскимъ начальникамъ и город-

скимъ судьямъ. Отд. III. — Уч. 119^б. — Сравн. опредѣленіе соединеннаго присутствія I-го и гражд. кас. департамента правит. сената 1908 г. по дѣлу № 6, приведенное Н. В. Карминымъ (Карминъ — Опредѣленія Соединенныхъ Присутствій Перваго и Гражданскаго или Уголовнаго Кассационныхъ Департаментовъ Правительствующаго Сената за вторую половину 1908 года. По пересмотру судебныхъ рѣшеній губернскихъ присутствій. Ж. М. Ю. 1909 г. № 4. с. 229—232)].

Соединенное присутствіе I-го и уг. кас. департамента состоитъ изъ 7 лицъ. Таковы — первоприсутствующій уг. кас. департамента и 6 сенаторовъ: 3 изъ I-го и 3 изъ уг. кас. департамента. Оберъ-секретарь (Уч. 140¹) и оберъ-прокуроръ уг. кас. департамента или товарищ этого оберъ-прокурора (Уч. 141) обязательно должны принимать участіе въ засѣданіи.

Это установленіе кассачіи надъ кассачіей вполне оправдывается справедливымъ опасеніемъ, что губернское присутствіе, будучи построено по типу административнаго учрежденія, а не суда, и состоя большею частью изъ чиновниковъ министерства внутреннихъ дѣлъ, безъ судейской самостоятельности, безъ высшаго юридическаго образованія и судейской опытности, не способно быть надежнымъ охранителемъ и толкователемъ закона въ уг. дѣлахъ. Было бы, однако, проще и лучше не облекать губернскаго присутствія непосильной кас. судейской функціей.

Эта кассачія надъ кассачіей подлежитъ упраздненію. Она прекратитъ свое существованіе тогда, когда законъ 15 іюня 1912 г. о преобразованіи мѣстнаго суда вступить въ дѣйствіе во всѣхъ тѣхъ мѣстностяхъ, гдѣ введено положеніе о земскихъ участковыхъ начальникахъ (Собр. уз. 1912 г. Отд. I. № 118. ст. 1003. Законъ о преобр. мѣст. суда. А. По Учрежденію Суд. Установленій. Отд. V).

§ 74. γ. Общіе уголовные суды для повторительнаго пересмотра заочныхъ, окончательныхъ и неокончательныхъ, уголовно-судебныхъ приговоровъ, не вошедшихъ въ законную силу¹⁾.

1) А. Боровиковскій — Имѣетъ ли право мировой судья при заочномъ разбирательствѣ уголовного дѣла приводить свидѣтелей къ присягѣ? Судебный Вѣстникъ. 1868. № 206. — В. Волжинъ — Законъ объ измѣненіи и дополненіи правилъ о заочномъ разбирательствѣ по уголовнымъ дѣламъ. Ю. В. 1888. № 5. — Волжинъ — Еще о заочномъ разбирательствѣ по уголовнымъ дѣламъ. Ж. Г. У. П. 1888. № 10. Забѣтки. — Волжинъ — Законъ и жизнь. Спб. 1891. Т. 2. с. 122—138. — И. Хмѣлицкій — Законъ о заочномъ разбирательствѣ по уголовнымъ дѣламъ. Ю. В. 1889. № 4. — И. Хмѣлицкій — Вопросы заочнаго производства по уголовнымъ дѣламъ. Ж. Г. У. П. 1890. № 10. Забѣтки. — И. М. Гордонъ — Заочное разбирательство по дѣламъ уголовнымъ. Ю. Л. 1899. № 4. — В. Б — въ — Къ пересмотру судебныхъ уставовъ. О заочныхъ приговорахъ. Юрид. Газета. 1894. №№ 71; 75. — П. Булацель — Апелляціонный срокъ по заочнымъ приговорамъ. Юрид. Газета. 1898. №№ 21; 32. — Н. Чернявскій — Апелляціонный срокъ по заочнымъ приговорамъ. Юрид. Газета. 1898. № 27. — В. Банцекъ — Заочный приговоръ въ общихъ судебныхъ мѣстахъ. Излишество и недостатки, замѣчаемые въ законѣ о заочномъ приговорѣ, и желаемый коррективъ его. Ж. М. Ю. 1898. № 6. Хрон. III. — М. В. Духовской — Записка . . . о заочномъ разбирательствѣ уголовныхъ дѣлъ. Труды

Общее повторительное уг.-суд. производство по обжалованію заочных уг.-суд. приговоровъ или, короче сказать, общее повторительное уг.-суд. производство представляетъ собой сложную дѣятельность.

Ее производитъ самъ обжалуемый уг. судъ I-й инстанціи, съ участіемъ должностныхъ и частныхъ лицъ, по жалобѣ обвиняемаго, или его законнаго представителя, или ихъ повѣренныхъ, на обвинительный, а въ частности — освободительный или осудительный, заочный, окончательный или неокончательный, уг.-суд. приговоръ, не вступившій въ законную силу.

Заочнымъ уг.-суд. приговоромъ называется рѣшеніе компетентнаго уг. суда I-й инстанціи, безъ присяжныхъ, о виновности и уг. отвѣтственности обвиняемаго въ уг. правонарушеніи, постановленное въ суд. засѣданіи, на основаніи суд. разбирательства, произведеннаго по уг. дѣлу, по существу, по вызовѣ, но при неявкѣ обвиняемаго къ суду, при отсутствіи или даже при участіи защитника въ разбирательствѣ.

Жалоба обвиняемаго или его законнаго представителя или ихъ повѣреннаго на этотъ приговоръ содержитъ въ себѣ ходатайство жалобщика передъ обжалуемымъ судомъ о томъ, чтобы этотъ судъ произвелъ новое разбирательство того же самаго уг. дѣла, по существу, и постановилъ бы, вмѣсто прежняго заочнаго уг.-суд. приговора, новый уг.-суд. приговоръ.

Эта жалоба стремится къ возвращенію уг. дѣла въ тотъ же самый уг. судъ для новаго разбирательства и рѣшенія, по существу, а потому, за неимѣніемъ лучшаго краткаго термина, и названа мною: „возвратной“.

Въ нашемъ дѣйствующемъ общемъ уг.-суд. законодательствѣ она называется: „отзывомъ о новомъ разсмотрѣніи дѣла“ (У. 139/13 г.; 834⁵/13 г. — УП. II. 213).

Дѣятельность обжалуемаго уг. суда, по полученіи возвратной жалобы, распадается на двѣ части: приготовительную и главную.

Главная часть состоитъ во вторичномъ разбирательствѣ и рѣшеніи уг. дѣла, по существу, тѣмъ же самымъ уг. судомъ I-й инстанціи, который уже раньше разобралъ и рѣшилъ это дѣло обжалованнымъ приговоромъ.

Высочайше учрежденной Коммисіи для пересмотра законоположеній по судебной части. Спб. 1899. Т. 7. с. 463—513. — Л. Сабининъ — Реорганизация заочнаго производства въ мировомъ судѣ. Ж. М. Ю. 1899. № 2. — А. Элленбогенъ — О заочныхъ приговорахъ. Ж. М. Ю. 1901. № 4. Хрон. III. — Ю. Хейфицъ — По поводу замѣтки „О заочныхъ приговорахъ“, помѣщенной въ журн. мин. юст. 1901 г., № 4. Ж. М. Ю. 1901. № 5. Хрон. VI. — А. Голубцовъ — Къ вопросу о заочныхъ приговорахъ. Ж. Ю. О. 1901. № 6. Хрон. VI. — Голубцовъ — О заочномъ разбирательствѣ въ уголовномъ судѣ (по проекту новой редакціи). Ж. М. Ю. 1903. № 3. Хрон. I. — П. А. Ифляндъ — О заочныхъ приговорахъ по дѣламъ о нарушеніяхъ устава объ акцизныхъ сборахъ. Ж. М. Ю. 1905. № 10. Хрон. II. — Л. Бафрали — Примѣняются ли въ губерніяхъ и областяхъ Сибири постановленія о заочныхъ приговорахъ, изложенныя въ 834¹—834⁹ ст. уст. угол. суд.? Ж. М. Ю. 1908. № 4. Хрон. IV. — Н. С. Тимашевъ — Заочное производство по закону о преобразованіи мѣстнаго суда. Ж. У. П. П. 1913. № 1. — А. И. Люб-линскій — Новый итальян. уставъ уг. суд. Ж. М. Ю. 1913. № 5. с. 151—152.

Цѣлью главной части повторительнаго уг.-суд. производства служить обнаруженіе и исправленіе возможной ошибки или злоупотребленія въ обжалуемомъ обвинительномъ уг.-суд. приговорѣ.

Относится ли эта ошибка или злоупотребленіе къ фактической сторонѣ уг. дѣла или къ юридической, это — безразлично.

Опредѣляя понятіе объ общихъ уг. судахъ, предназначенныхъ для повторительнаго пересмотра заочныхъ уг.-суд. приговоровъ, мы должны сказать, что этимъ именемъ называются тѣ общіе уг. суды I-й инстанціи, которые уполномочены, въ случаѣ жалобы обвиненныхъ, провѣрять и, по мѣрѣ надобности, исправлять свои собственныя ошибки и злоупотребленія, сдѣланныя въ фактической и правовой или только въ правовой сторонѣ уг. дѣлъ, при заочномъ разбирательствѣ этихъ дѣлъ, по существу, завершившемся заочными, окончательными или неокончательными обвинительными уг.-суд. приговорами, не вошедшими въ законную силу.

Отношеніе культ. государствъ къ повторительному уг.-суд. производству, по заочнымъ уг.-суд. приговорамъ, не одинаково.

Одни изъ государствъ, какъ напр., Англія, Германія, Сѣверо-Американскіе Соединенные Штаты, совершенно не знаютъ этого производства. Другія же, какъ напр., Австрія, Венгрія, Италія, Россія, Франція, учреждаютъ его, хотя и не въ одинаковомъ объемѣ.

Подраздѣленіе уг.-суд. приговоровъ на заочные и незаочные въ культ. государствахъ 2-й группы имѣетъ мѣсто только по отношенію къ уг.-суд. приговорамъ уг. судовъ I-й инстанціи, не вошедшихъ въ законную силу.

Граница между заочными и незаочными приговорами этихъ судовъ проводится различными культ. государствами этой группы неодинаково, а потому и понятія о заочныхъ уг.-суд. приговорахъ, доступныхъ повторительному пересмотру того же самого уг.-суда, оказываются въ однихъ культ. уг.-суд. законодательствахъ шире, а въ другихъ — уже.

Каждое понятіе о заочномъ уг.-суд. приговорѣ, доступномъ повторительному пересмотру того же самого уг. суда, складывается изъ соединенія нѣсколькихъ различныхъ признаковъ въ одно цѣлое.

Если возьмемъ составные признаки понятія объ этомъ приговорѣ въ одномъ культ. законодательствѣ и сравнимъ съ составными признаками соотвѣтствующаго понятія въ другомъ культ. законодательствѣ, въ третьемъ, въ четвертомъ и т. д.; то увидимъ, что въ большинствѣ культ. уг.-суд. законодательствъ одни изъ составныхъ признаковъ этого понятія являются общими, постоянными, а другіе — болѣе или менѣе различными, болѣе или менѣе перемѣнчивыми.

Если оставимъ въ сторонѣ перемѣнчивые признаки въ различныхъ законодательныхъ понятіяхъ о заочномъ уг.-суд. приговорѣ, доступномъ повторительному пересмотру того же самого уг. суда, выдѣлимъ общіе постоянные признаки, одинаково встрѣчающіеся въ этихъ понятіяхъ у большинства культ. уг.-суд. законодательствъ, и соединимъ эти общіе признаки въ одно цѣлое; то получимъ общее основное понятіе о заочномъ уг.-суд. приговорѣ, доступномъ повторительному пересмотру того же самого уг. суда, съ точки зрѣнія большинства культ. уг.-суд. законодательствъ.

Съ этой точки зрѣнія, заочнымъ уг.-суд. приговоромъ, доступнымъ повторительному пересмотру того же самого уг. суда, является лишь такой уг.-суд. приговоръ, который удовлетворяетъ шести условіямъ.

Во 1-хъ, необходимо, чтобы уг.-суд. приговоръ былъ постановленъ уг. судомъ 1-й инстанціи, безъ присяжныхъ засѣдателей.

Во 2-хъ, требуется, чтобы уг.-суд. приговоръ былъ постановленъ по такому уг. дѣлу, гдѣ законъ не обязываетъ обвиняемаго присутствовать лично, въ качествѣ стороны, въ суд. засѣданіи, при разбирательствѣ дѣла по существу, но допускаетъ замѣну обвиняемаго защитникомъ.

Въ 3-хъ, необходимо, чтобы уг.-суд. приговоръ былъ постановленъ уг. судомъ, на основаніи разбирательства уг. дѣла по существу, при отсутствіи обвиняемаго и его защитника, въ качествѣ стороны, во все время судебного засѣданія до постановленія резолюціи или самого приговора.

Въ 4-хъ, требуется, чтобы уг.-суд. приговоръ былъ не оправдательнымъ, но обвинительнымъ, а въ частности — освободительнымъ или осудительнымъ.

Въ 5-хъ, необходимо, чтобы постановленный обвинительный уг.-суд. приговоръ не вошелъ еще въ законную силу.

Наконецъ, въ 6-хъ требуется, чтобы въ случаѣ возвратной жалобы обвиненнаго или его законнаго или довѣреннаго представителя, постановленный уг.-суд. приговоръ могъ быть отмѣненъ, по закону, тѣмъ самымъ уг. судомъ 1-й инстанціи, которымъ онъ былъ постановленъ, а уг. дѣло могло бы быть, по закону, вторично разобрано по существу и вторично рѣшено тѣмъ же самымъ судомъ путемъ новаго уг.-суд. приговора.

Держась этого общаго понятія о заочномъ уг.-суд. приговорѣ, доступномъ повторительному пересмотру того же самого уг. суда, Австрія и Венгрія допускаетъ повторительное уг.-суд. производство только по уг. правонарушениямъ третьестепенной и второстепенной важности, подсуднымъ единоличному участковому судѣ, какъ суду 1-й инстанціи. Въ случаѣ возвратной жалобы обвиненнаго на заочный обвинительный уг.-суд. приговоръ, постановленный этимъ судьей въ 1-й инстанціи, этотъ судья самъ производитъ повторительное уг.-суд. разбирательство.

Во Франціи, въ случаѣ возвратной жалобы обвиненнаго, какъ полицейскій судья, такъ и исправительный судъ пересматриваетъ постановленный имъ заочный обвинительный уг.-суд. приговоръ.

Въ Италіи, въ случаѣ возвратной жалобы обвиненнаго въ уг. нарушеніи (*contravvenzione*), влекущемъ наказаніе не выше денежнаго штрафа въ 150 лиръ, преторъ пересматриваетъ свой не допускающій апелляціи, обвинительный уг.-суд. приговоръ, если онъ былъ постановленъ на основаніи разбирательства дѣла по существу, при отсутствіи обвиняемаго и его защитника, въ качествѣ стороны, въ суд. засѣданіи (Уст. уг. суд. §§ 73; 477; 497; 498).

Рядомъ съ этимъ обыденнымъ понятіемъ о заочномъ уг.-суд. приговорѣ, доступномъ повторительному пересмотру того же самого уг. суда, итальянскій уставъ уг. суд. проводитъ гораздо шире еще и другое понятіе.

Въ самомъ дѣлѣ, по итальянскому уставу уг. суд. (§ 73), каждый обвиняемый въ уг. правонарушеніи, влекущемъ наказаніе выше пятидневнаго ареста или денежнаго штрафа въ 150 лирь, обязательно долженъ имѣть защитника на судѣ. Если у обвиняемаго нѣтъ защитника, по добровольному соглашенію; то защитникъ обязательно назначается, по распоряженію претора, слѣдственнаго судьи или предсѣдателя суда (§ 74). Разбирательство уг. дѣла этой категоріи, по существу, въ отсутствіе защитника, противозаконно.

При неявкѣ обвиняемаго къ разбирательству уг. дѣла этой категоріи, присутствіе защитника открываетъ суду возможность произвести разбирательство этого дѣла, по существу, и постановить уг.-суд. приговоръ, хотя итальянскій уставъ уг. суд. (§ 473) совершенно напрасно затрудняетъ это разбирательство, запрещая защитнику отсутствующаго обвиняемаго представлять доказательства суду въ оправданіе этого лица.

Если уг. судъ разобралъ уг. дѣло этой категоріи, по существу, въ присутствіи защитника, при неявкѣ обвиняемаго, и постановилъ обвинительный уг.-суд. приговоръ; то, по итальянскому уставу уг. суд., этотъ приговоръ во многихъ случаяхъ не подлежитъ апелляціонному обжалованію, считается заочнымъ и допускаетъ, по возвратной жалобѣ обвиненнаго, повторительное разбирательство и рѣшеніе того же самого уг. дѣла тѣмъ же самымъ уг. судомъ по существу.

Такъ, если преторъ или исправительный судъ разобралъ, по существу, уг. дѣло о какомъ-нибудь изъ такихъ уг. правонарушеній, которыя обложены въ законѣ болѣе или менѣе значительными наказаніями, особо перечисленными закономъ, какъ напр., денежный штрафъ выше 150 лирь — при обвиненіи въ уг. нарушеніи (*contravvenzione*), и, произведя разбирательство, постановилъ обвинительный уг.-суд. приговоръ, не подлежащій апелляціонному обжалованію, а во время разбирательства этого дѣла по существу присутствовалъ лишь защитникъ обвиняемаго, безъ самого обвиняемаго; то этотъ приговоръ также признается, по уставу уг.-суд. (§§ 73; 473; 477; 478; 497), заочнымъ и, въ случаѣ жалобы обвиненнаго, можетъ быть подвергнутъ пересмотру того же самого уг. суда.

Благодаря этому особен. понятію о заочномъ уг.-суд. приговорѣ, доступномъ повторит. пересмотру, область повторит. производства сильно расширяется, а область апелляціоннаго сильно сокращается.

Что касается Рос. Имперіи, то она не допускаетъ никакого заочнаго разбирательства и никакихъ заочныхъ приговоровъ: ни по уг. правонарушеніямъ первостепенной важности, влекущимъ лишеніе всѣхъ или всѣхъ особенныхъ правъ состоянія, подсуднымъ суду присяжныхъ (У. 583; 592; 834¹), ни по болѣе важнымъ уг. правонарушеніямъ второстепенной важности, влекущимъ ограниченіе правъ состоянія, подсуднымъ окружному суду, безъ присяжныхъ (583; 592; 834¹), ни по болѣе важнымъ уг. правонарушеніямъ второстепенной важности, влекущимъ тюремное заключеніе, подсуднымъ упраздняемому городскому судѣ (УП. II. 210) или теряющему суд. власть, земскому участковому начальнику (УП. II. 210).

Заочное разбирательство учреждено у насъ: а) по менѣ важнымъ уг. правонарушениямъ, влекущимъ наказанія не выше тюремнаго заключенія, подсуднымъ окружному суду, безъ присяжныхъ [У. 834¹ связи съ 583; 592], б) по всѣмъ уг. правонарушениямъ второстепенной и третъестепенной важности, влекущимъ наказанія не выше тюремнаго заключенія, подсуднымъ мировому судѣ [133/13 г. въ связи съ 60/13 г., съ 61/13 г. и съ 134] или упраздняемому уѣздному члену окружнаго суда [УП. I. 30], и в) по уг. правонарушениямъ второстепенной и третъестепенной важности, влекущимъ наказанія не выше ареста, подсуднымъ упраздняемому городскому судѣ [УП. II. 210] или теряющему суд. власть, земскому участковому начальнику [УП. II. 210].

Наше дѣйств. общее уг.-суд. законодательство проводитъ въ своихъ постановленіяхъ три различныхъ понятія о заочныхъ уг.-суд. приговорахъ, доступныхъ повторительному пересмотру того же самого уг. суда.

Одно изъ нихъ является общимъ, а два другія — особенными. Первое занимаетъ мѣсто общаго правила, а два другія играютъ роль исключеній. Одно изъ этихъ исключеній предназначено для дальнѣйшаго существованія, а другое обречено на постепенное упраздненіе. Приведемъ сначала общее понятіе, а потомъ — исключенія.

Общее понятіе о заочномъ уг.-суд. приговорѣ, доступномъ повторительному пересмотру того же самого уг. суда, принятое въ нашемъ дѣйствующемъ общемъ уг.-суд. законодательствѣ, проводится нашимъ уставомъ уг. суд. и соотвѣтствуетъ въ своихъ главныхъ чертахъ общему понятію объ этомъ приговорѣ, принятому въ большинствѣ культ. уг.-суд. законодательствъ.

По общему правилу нашего устава уг.-суд., уголовно-судебный приговоръ является заочнымъ, доступнымъ пересмотру того же самого уг. суда только тогда, когда удовлетворяетъ семи условіямъ.

Во 1-хъ, необходимо, чтобы уг.-суд. приговоръ былъ постановленъ уг. судомъ 1-й инстанціи, безъ присяжныхъ, а именно — окружнымъ судомъ, безъ присяжныхъ (У. 834¹), или мир. судьею (133/13 г. въ связи съ 60/13 г., съ 61/13 г. и съ 134), или упраздняемымъ уѣзднымъ членомъ окружнаго суда (УП. I. 30).

Во 2-хъ, требуется, чтобы уг.-суд. приговоръ былъ постановленъ уг. судомъ по такому уг. дѣлу, гдѣ законъ не обязываетъ обвиняемаго присутствовать лично, въ качествѣ стороны, въ суд. засѣданіи, но позволяетъ замѣну обвиняемаго защитникомъ. Сюда принадлежать уг. дѣла по такимъ преступленіямъ и проступкамъ, которые влекутъ, въ качествѣ главныхъ нормальныхъ наказаній, по уложенію о нак., по уставу о нак. и по дѣйствующимъ статьямъ уг. уложенія, различныя наказанія не выше тюремнаго заключенія, безъ всякаго ограниченія или лишенія правъ (У. 60/13 г.; 61/13 г.; 133/13 г. въ связи съ 134; 583; 592; 834¹).

Въ 3-хъ, необходимо, чтобы уг. суд. приговоръ былъ постановленъ уг. судомъ, на основаніи разбирательства уг. дѣла, по существу, при отсутствіи обвиняемаго и его защитника, въ качествѣ стороны, во все время судебного засѣданія до тѣхъ поръ, пока судъ не постановилъ еще своей резолюціи или своего приговора по этому

дѣлу. Обвиняемый (137/13 г.; 834³/13 г.) или его защитникъ (834³/13 г.; 137/13 г. въ связи съ 118 и 834³/13 г.), пропустившіе назначенный на явку срокъ, но прибывшіе въ судъ до постановленія приговора или резолюціи (129; 786; 789; 792), допускаются къ словеснымъ объясненіямъ. Постановленный затѣмъ приговоръ не считается заочнымъ. Равнымъ образомъ не считается заочнымъ приговоръ и въ томъ случаѣ, когда обвиняемый, находясь при разборѣ дѣла, оставилъ залъ засѣданія до окончанія дѣла (137/13 г.; 834³/13 г.).

Въ 4-хъ, требуется, чтобы у суда, до постановленія резолюціи или приговора, не было свѣдѣній о существованіи уважительной причины для неявки обвиняемаго (136/13 г.; 592).

Въ 5-хъ, необходимо, чтобы постановленный уг.-суд. приговоръ былъ обвинительнымъ, а въ частности — освободительнымъ или осудительнымъ, но никакъ не оправдательнымъ (139/13 г.; 834⁵/13 г.).

Въ 6-хъ, требуется, чтобы постановленный обвинительный уг.-суд. приговоръ не вступилъ еще въ законную силу (181; 182/13 г.; 941; 957).

Наконецъ, въ 7-хъ, необходимо, чтобы въ случаѣ возвратной жалобы обвиненнаго или его законнаго или довѣреннаго представителя, постановленный уг.-суд. приговоръ могъ быть отмѣненъ, по закону, тѣмъ самымъ уг.-судомъ I-й инстанціи, которымъ онъ былъ постановленъ, а уг. дѣло могло бы быть, по закону, вторично разобрано по существу и вторично рѣшено тѣмъ же самымъ уг. судомъ путемъ новаго уг.-суд. приговора (139/13 г.; 139¹/13 г.; 141³/13 г.; 180¹⁴/13 г.; 834⁵/13 г.; 834¹⁰/13 г.).

Такъ, напр., нашъ уставъ уг.-суд. (180¹⁴/13 г.) особенно подчеркиваетъ, что, при неявкѣ обвиняемаго, не имѣющей уважительныхъ причинъ, и не присылкѣ имъ защитника къ суд. разбирательству, происходящему у мир. судьи единственно по просьбѣ этого обвиняемаго, обжаловавшаго судебный приказъ этого судьи (о назначеніи наказанія этому лицу, безъ вызова его въ судъ и безъ суд. разбирательства дѣла, по существу), постановленный этимъ мир. судьей уг.-суд. приговоръ не считается заочнымъ и не доступенъ повторительному пересмотру.

Только что изложенное общее понятіе нашего устава уг.-суд. о заочномъ уг.-суд. приговорѣ, доступномъ повторительному пересмотру того же самого уг. суда, стоитъ въ полномъ соотвѣтствіи съ прямыми постановленіями этого устава, запрещающими въ нѣкоторыхъ случаяхъ повторительное разбирательство и рѣшеніе тѣхъ же самыхъ уг. дѣлъ тѣмъ же самымъ окружнымъ судамъ, безъ присяжныхъ (У. 200/12 въ связи съ 201/12; 1399¹/12; 1423/12).

Такъ, уставъ уг.-суд. предоставляетъ право нѣкоторымъ окружнымъ судамъ освобождать обвиняемыхъ отъ явки къ разбирательству по дѣламъ о преступленіяхъ, влекущихъ лишеніе нѣкоторыхъ особенныхъ правъ или лишеніе или ограниченіе какого-нибудь отдѣльнаго права (1369/12; 1430/12; 1469/12), а нѣкоторымъ другимъ окружнымъ судамъ ввѣряетъ право освобожденія обвиняемыхъ отъ этой

явки по вѣсѣмъ дѣламъ о преступленіяхъ, влекущихъ лишеніе вѣсѣхъ особенныхъ правъ, или лишеніе нѣкоторыхъ особенныхъ правъ, или ограниченіе какого-нибудь отдѣльнаго права (1400/12; 1430/12; 1469/12).

Къ I-й категоріи принадлежать: а) велико-устюжскій окружный судъ [Собр. уз. 1911. отд. I. № 114. ст. 1054. Законъ. Отд. I—II] — по отношенію къ обвиняемымъ проживающимъ въ яренскомъ и усть-сысольскомъ уѣздахъ [У. 1369/12; 1371/12], и б) вѣсѣ окружные суды, дѣйствующіе въ томской губерніи [1430/12], въ тобольской губерніи — въ уѣздахъ, пользующихся судомъ присяжныхъ [1423/12; 1430/12] и въ областяхъ акмолинской, семипалатинской и уральской [1469/12].

Ко II-й же категоріи относятся: а) архангельскій окружный судъ — по отношенію къ обвиняемымъ, проживающимъ въ александровскомъ и печерскомъ уѣздахъ [1400/12; 1399¹/12], б) тобольскій окружный судъ — по отношенію къ обвиняемымъ, проживающимъ въ березовскомъ и сургутскомъ уѣздахъ [1430/12; 1423/12], и в) вѣсѣ окружные суды, дѣйствующіе въ округѣ иркутской судебной палаты [1430/12; 1423/12] или въ округѣ ташкентской суд. палаты [1469/12; 1461/12].

Если окружный судъ освободилъ обвиняемаго отъ явки къ разбирательству дѣла по существу; то предсѣдатель окружнаго суда обязанъ назначить защитника обвиняемому, даже безъ просьбы обвиняемаго (1369/12; 1400/12; 1430/12; 1469/12).

Окружный судъ судить эти дѣла, въ предѣлахъ своей компетенціи, безъ присяжныхъ (200/12 въ связи съ 201/12; 1399¹/12; 1400/12; 1423/12; 1430/12; 1461/12; 1469/12).

Если окружный судъ произвелъ разбирательство этого дѣла по существу, въ отсутствіе обвиняемаго, освобожденнаго имъ отъ явки, но произвелъ съ участіемъ защитника этого лица въ этомъ разбирательствѣ и постановилъ обвинительный уг.-суд. приговоръ; то нашъ уставъ уг.-суд. не признаетъ этого приговора заочнымъ и запрещаетъ примѣненіе повторительнаго разбирательства къ этому дѣлу (1372/13 г.; 1404/13 г.; 1439/13 г.; 1478/13 г.).

Выяснивъ общее понятіе нашего устава уг.-суд. о заочномъ уг. суд. приговорѣ, доступномъ повторительному пересмотру того же самого уг. суда, переходимъ къ особенному понятію этого устава о заочномъ приговорѣ, предназначенному къ дальнѣйшему существованію.

Это особенное понятіе проведено въ постановленіяхъ устава уг. суд. по отношенію къ мир. судьямъ (133/13 г. въ связи съ 61/13 г., съ 60/13 г. и съ 134) и примѣнимо къ уѣзднымъ членамъ окружнаго суда, дѣйствующимъ по упраздняемымъ правиламъ объ устройствѣ суд. части и производствѣ суд. дѣлъ, въ мѣстностяхъ, гдѣ введено положеніе о земск. участк. начальникахъ (УП. I. 30).

Какъ мир. судья (У. 133/13 г. въ связи съ 61/13 г.), такъ упраздняемый членъ окружнаго суда (УП. I. 30) имѣетъ право потребовать личной явки обвиняемаго къ разбирательству по дѣлу о проступкѣ, влекущемъ тюремное заключеніе, въ качествѣ главнаго нормальнаго наказанія.

Въ случаѣ неявки потребованнаго обвиняемаго къ разбирательству, мир. судья (133/13 г. въ связи съ 136/13 г.) и упраздняемый членъ окружнаго суда (УП. I. 30) долженъ навести справку, извѣстна ли суду какая-нибудь причина этой неявки, и, въ случаѣ признанія этой причины неизвѣстною, имѣть право произвести разбирательство дѣла, по существу, и постановить уг.-суд. приговоръ (У. 133/13 г. — УП. I. 30).

Если этотъ приговоръ является обвинительнымъ; то уставъ уг. суд. (133/13 г.) точно также, какъ и упраздняемые правила (УП. I. 30) признають этотъ приговоръ заочнымъ и даютъ право: обвиненному — подать отзывъ о новомъ разсмотрѣніи дѣла, съ указаніемъ уважительной причины неявки (У. 139/13 г.; 139¹/13 г.), а мир. судья и уѣздному члену окружнаго суда — по признаніи причины неявки уважительною (У. 139¹/13 г.), произвести повторительное разбирательство этого дѣла, по существу, и рѣшить это дѣло новымъ уг.-суд. приговоромъ (У. 139¹/13 г.; 141³/13 г.).

Такъ какъ нашъ законъ не запрещаетъ не являющему, лично потребованному обвиняемому послать вмѣсто себя законно уполномоченнаго защитника и не даетъ никакого права мировому судья и уѣздному члену окружнаго суда не допустить явившагося, законно уполномоченнаго защитника къ участію въ разбирательствѣ уг. дѣла, по существу; то обвинительный уг.-суд. приговоръ, постановленный мир. судьей или уѣзднымъ членомъ окружнаго суда, потребовавшимъ личной явки обвиняемаго въ проступкѣ, влекущемъ тюремное заключеніе, одинаково окажется, по закону (У. 133/13 г. — УП. I. 30), заочнымъ и доступнымъ повторительному пересмотру того же самого уг. суда въ 2-хъ случаяхъ.

1-й случай будетъ имѣть мѣсто тогда, когда этотъ приговоръ будетъ постановленъ, на основаніи разбирательства, произведеннаго судомъ, при неявкѣ: ни лично потребованнаго обвиняемаго, ни его защитника въ суд. засѣданіе къ разбору дѣла.

2-й же случай выступить тогда, когда приговоръ будетъ постановленъ, на основаніи разбирательства, произведеннаго въ отсутствіе лично потребованнаго обвиняемаго, но при участіи его защитника.

Указавъ особенное понятіе нашего общаго уг.-суд. законодательства о заочномъ уг.-суд. приговорѣ, доступномъ повторительному пересмотру того же самого уг. суда, предназначенное къ дальнѣйшему существованію, отмѣтимъ особенное понятіе этого законодательства о заочномъ уг.-суд. приговорѣ, доступномъ повторительному пересмотру того же самого суда, намѣченное къ упраздненію.

Это упраздняемое понятіе проведено въ упраздняемыхъ правилахъ объ устройствѣ суд. части и производствѣ суд. дѣлъ въ мѣстностяхъ, въ которыхъ введено положеніе о земскихъ участковыхъ начальникахъ (УП. II. 210; 213; 216).

По этимъ правиламъ (УП. II. 210; 213; 216), уг.-суд. приговоръ считается заочнымъ и доступнымъ повторительному пересмотру того же самого уг. суда только въ томъ случаѣ, когда удовлетворяетъ семи условіямъ.

Во 1-хъ, необходимо, чтобы уг.-суд. приговоръ былъ постановленъ городскимъ судьей или земскимъ участковымъ начальникомъ.

Во 2-хъ, требуется, чтобы уг.-суд. приговоръ былъ постановленъ по такому уг. дѣлу, гдѣ правила не обязываютъ обвиняемаго присутствовать лично, въ качествѣ стороны, въ суд. засѣданіи, при разбирательствѣ дѣла, по существу, но допускаютъ замѣну обвиняемаго защитникомъ. Таковы — дѣла о проступкахъ, влекущихъ главныя нормальныя наказанія не выше ареста (180; 210).

Въ 3-хъ, необходимо, чтобы уг.-суд. приговоръ былъ постановленъ, на основаніи разбирательства дѣла, по существу, при отсутствіи обвиняемаго и его защитника, въ качествѣ стороны, во все время суд. засѣданія до постановленія резолюціи (205) или приговора (210).

Въ 4-хъ, требуется, чтобы у суда, до постановки резолюціи или приговора, не было свѣдѣній о существованіи уважительной причины для неявки обвиняемаго (205; 210).

Въ 5-хъ, требуется, чтобы постановленный уг.-суд. приговоръ былъ обвинительнымъ.

Въ 6-хъ, необходимо, чтобы постановленный обвинительный уг.-суд. приговоръ не вошелъ еще въ законную силу (244; 246).

Въ 7-хъ же, требуется, чтобы, въ случаѣ возвратной жалобы, т. е. отзыва со стороны обвиняемаго о новомъ разсмотрѣніи дѣла, постановленный уг.-суд. приговоръ могъ бы быть отмѣненъ, по правиламъ, тѣмъ же самымъ городскимъ судьей или земскимъ участковымъ начальникомъ, которымъ онъ былъ постановленъ, а уг. дѣло могло бы быть, по правиламъ, вторично разсмотрѣно, по существу, и вторично рѣшено тѣмъ же самымъ уг. судомъ путемъ новаго уг.-суд. приговора (210; 213; 216).

Указавъ понятія, о заочныхъ уг.-суд. приговорахъ, доступныхъ повторительному пересмотру тѣхъ же самыхъ уг. судовъ, по нашему уг.-суд. законодательству, отмѣтимъ общія правила повторительнаго производства по уг. дѣламъ, завершеннымъ этими приговорами.

Копія съ заочнаго приговора препровождается обвиняемому, при повѣсткѣ, не позже трехъ дней послѣ постановленія приговора. Въ этой повѣсткѣ указывается срокъ и порядокъ обжалованія (У. 138/13 г.; 834⁴/13. — УП. II. 210).

Въ теченіе 7 дней со времени врученія копіи съ обвинительнаго заочнаго приговора, постановленнаго мировымъ судьей (У. 139/13 г.), или окружнымъ судомъ (У. 834⁵/13 г.), или уѣзднымъ членомъ окружнаго суда (УП. I. 30), и въ теченіе 2-хъ недѣль со времени врученія копіи съ обвинительнаго заочнаго приговора, постановленнаго городскимъ судьей или земскимъ начальникомъ (УП. II. 213), обвиняемый имѣетъ право подать постановившему этотъ приговоръ суду свой отзывъ о новомъ разсмотрѣніи дѣла, съ объясненіемъ причинъ происшедшей неявки въ судъ къ назначенному сроку.

Если судъ, по разсмотрѣніи этого отзыва, признаетъ причину неявки обвиняемаго уважительной; то назначаетъ день для новаго разбирательства и извѣщаетъ объ этомъ участвующихъ лицъ, съ объявленіемъ послѣдствій неявки.

Въ противномъ случаѣ, заочный приговоръ оставляется въ силѣ (У. 139¹/13 г.; 834⁵/13 г. — УП. II. 213) а обвиняемый увѣдомляется объ этомъ немедленно повѣсткой (У. 139¹/13 г.; 834⁵/13 г.).

Если, ко времени полученія этого увѣдомленія, законный срокъ на апелляціонное или кассационное обжалованіе обвиняемымъ заочнаго приговора (У. 138¹/13 г.; 834⁴/13 г.), исчисляемый со дня врученія копій съ приговора этому лицу, уже истекъ, или если до истеченія этого срока остается менѣе 3 дней; то обвиняемому предоставляется еще 3 дня, по полученіи этого увѣдомленія, на обжалованіе этого приговора (139¹/13 г.; 834⁵/13 г.).

Если судъ назначилъ день для повторительнаго разбирательства и рѣшенія по данному дѣлу, а обвиняемый не явился въ этотъ срокъ къ разбирательству и не представилъ суду уважительной причины своей неявки; то судъ подвергаетъ обвиняемаго денежному взысканію не свыше 25 рублей за вторичную неявку и постановляетъ опредѣленіе объ оставленіи заочнаго приговора въ силѣ (У. 141; 834⁷/12. — УП. II. 214).

Въ случаѣ же явки обвиняемаго въ назначенный судомъ срокъ къ повторительному разбирательству, судъ производитъ вторичное разбирательство того же самого уг. дѣла, по существу, и постановляетъ новый уг.-суд. приговоръ (У. 141³/13 г.; 834¹⁰/13 г. — УП. II. 213). По объявленіи новаго приговора, прежній заочный приговоръ теряетъ силу (У. 141³/13 г.; 834¹⁰/13 г.).

По постановленію устава уг. суд., судъ не имѣетъ права назначить въ новомъ приговорѣ тому же самому виновному такого наказанія, которое было бы больше присужденнаго этому лицу прежнимъ заочнымъ приговоромъ (У. 141³/13 г.; 834¹⁰/13 г.). Въ упраздненныхъ правилахъ объ устройствѣ суд. части нѣтъ этого ограниченія.

Познакомившись съ понятіемъ о повторительномъ уг.-суд. производствѣ, обратимся къ вопросу, необходимо ли это производство, съ точки зрѣнія уг.-суд. политики возможно большаго народ. благосостоянія. Отвѣтъ не представляетъ затрудненій.

Уг. дѣло можетъ быть основательно рѣшено, по существу, только въ томъ случаѣ, когда на суд. слѣдствіи приведены и выяснены всѣ важныя доказательства, какъ говорящія противъ обвиняемаго, такъ и свидѣтельствующія въ его пользу.

При заочномъ разбирательствѣ, легко можетъ случиться, что важныя доказательства, свидѣтельствующія въ пользу обвиняемаго, не будутъ приведены или не будутъ надлежащимъ образомъ изслѣдованы.

А потому, и заочный уг.-суд. приговоръ легко можетъ оказаться неосновательнымъ, отклоняющимся отъ правды и права во вредъ обвиняемому.

Отсюда становится ясно, что, ради обезпеченія основательности уг. правосудія, ради обезпеченія личности обвиняемаго отъ напрасныхъ стѣсненій, а вмѣстѣ съ тѣмъ и ради интересовъ возможно большаго народ. благосостоянія, культ. государству необходимо учредить поправочное уг.-суд. производство относительно заочныхъ уг.-суд. приговоровъ и притомъ такое, при которомъ уг. дѣло могло бы быть вторично разобрано и рѣшено, по существу.

А тут и возникает вопрос, каково же должно быть это поправочное уг.-суд. производство, должно ли оно быть повторительнымъ или апелляціоннымъ.

Рѣшая этотъ вопросъ, съ точки зрѣнія уг.-суд. политики возможно большаго народ. благосостоянія, нельзя не отдать предпочтенія апелляціонному производству.

Въ самомъ дѣлѣ, при повторительномъ производствѣ, поправочное разбирательство производить самъ обжалуемый уг. судъ, а, при апелляціонномъ, — другой, іерархически высшій. Посторонній же и притомъ іерархически высшій уг. судъ гораздо способнѣе обжалуемаго суда произвести поправочное разбирательство, съ безпристрастіемъ, основательностью и правомѣрностью. Увидѣть и исправить чужую ошибку, при прочихъ равныхъ условіяхъ, гораздо легче, чѣмъ свою.

Такимъ образомъ, оказывается, что учрежденіе повторительнаго уг.-суд. производства необходимо лишь въ двухъ случаяхъ: 1) при отсутствіи апелляціоннаго уг.-суд. производства и 2) при напрасномъ искусственномъ сокращеніи правильнаго круга дѣйствій апелляціоннаго уг.-суд. производства допущеніемъ кассационнаго и недопущеніемъ апелляціоннаго производства по отношенію къ уг. дѣламъ о мало-важныхъ уг. правонарушеніяхъ, закончившимся въ уг. судахъ I-й инстанціи присужденіемъ виновныхъ къ какому-нибудь легкому наказанію, особо указанному закономъ.

При полномъ отсутствіи апелляціоннаго уг.-суд. производства, повторительное уг.-суд. производство должно быть учреждено по отношенію ко всѣмъ заочнымъ уг.-суд. приговорамъ.

А при только что указанномъ искусственномъ сокращеніи круга дѣйствій апелляціоннаго уг.-суд. производства, повторительное уг.-суд. производство должно быть учреждено, взамѣнъ апелляціоннаго, по отношенію къ уг. дѣламъ, закончившимся въ уг. судахъ I-й инстанціи заочными уг.-суд. приговорами, доступными кассациі, но не апелляціи. На этой точкѣ зрѣнія и стоитъ итальянскій уставъ уг. суд. (497).

Если же культ. государствомъ уже учреждено надлежащее апелляціонное уг.-суд. производство въ полномъ объемѣ; то въ повторительномъ нѣтъ надобности, и установленіе его можетъ быть даже вредно, какъ всякое уклоненіе отъ лучшей системы въ пользу худшей. На этой точкѣ зрѣнія стоитъ, напр., Англія, Германія.

Что касается культ. государствъ, учреждающихъ оба уг.-суд. производства: повторительное и апелляціонное, то эти государства ставятъ эти производства соперниками, болѣе или менѣе исключаящими другъ друга.

Такъ, одни государства, напр., Италія, допускаютъ повторительное уг.-суд. производство только по заочнымъ обвинительнымъ уг.-суд. приговорамъ, не доступнымъ апелляціи.

Другія же государства, какъ напр., Австрія, предоставляютъ на выборъ обвиненному заочнымъ уг.-суд. приговоромъ единоличнаго уг. суда I-й инстанціи одно изъ двухъ: или повторительное уг.-суд. производство, или апелляціонное. Избравъ противъ даннаго заочнаго приговора одно изъ нихъ, обвиняемый не имѣетъ уже права обратиться

къ другому. Но выбравшій повторительное производство имѣетъ, на общемъ основаніи, право апелляціонной жалобы на дальнѣйшій незаочный уг.-суд. приговоръ, постановленный тѣмъ же уг. судомъ, при незаочномъ повторительномъ разбирательствѣ, по тому же дѣлу, по существу.

По нашему общему уг.-суд. законодательству, всѣ заочные уг.-суд. приговоры, доступные повторительному уг.-суд. производству (У. 133/13 г.; 139/13 г.; 139¹/13 г.; 834¹/12; 834⁶/13 г. — УП. I. 30; II. 210; 213), могутъ быть раздѣлены на двѣ категоріи.

Приговоры 1-й категоріи подходятъ подъ понятіе неокончательныхъ приговоровъ, доступныхъ апелляціонному обжалованію, а приговоры 2-й — подъ понятіе окончательныхъ, доступныхъ не апелляціонному, но кассационному обжалованію.

Къ 1-й категоріи принадлежать: а) всѣ заочные уг.-суд. приговоры, постановленные окружными судами въ качествѣ 1-й инстанціи, безъ присяжныхъ [У. 853; 856], б) всѣ заочные уг.-суд. приговоры, постановленные, по дѣйствующимъ статьямъ уг. уложенія, мировымъ судьей [У. прим., по Прод. 12 г., къ ст. 124] или уѣзднымъ членомъ окружного суда [УП. I. 30], и в) тѣ заочные уг.-суд. приговоры, которые постановляются: мир. судьями [У. 122 въ связи съ 124 и 145], или уѣздными членами окружного суда [УП. I. 30], или городскими судьями [УП. II. 206], или земскими участковыми начальниками [УП. II. 206], по уставу о нак. или уложенію о нак., и присуждаютъ виновныхъ къ законному наказанію выше внушенія, замѣчанія или выговора, или пятнадцатирублеваго денежнаго штрафа съ одного лица, или трехдневнаго ареста, или присуждаютъ даже одно изъ этихъ наказаній, но, сверхъ того, присуждаютъ виновнаго къ уплатѣ гражданскаго вознагражденія выше 30 рублей по гражданскому иску потерпѣвшаго [У. 145 въ связи съ 124. — УП. I. 30; II. 206].

Ко 2-й же категоріи относятся только тѣ заочные уг.-суд. приговоры, которые постановляются: мир. судьями (У. 124), или уѣздными членами окружного суда (УП. I. 30), или городскими судьями (УП. II. 206), или земскими участковыми начальниками (УП. II. 206), по уставу о нак. или по уложенію о нак., и присуждаютъ виновнымъ лишь вышеуказанныя легкія наказанія, а, сверхъ того, или не присуждаютъ виновнаго ни къ какой уплатѣ гражданскаго вознагражденія, или присуждаютъ виновнаго, по гражд. иску потерпѣвшаго, лишь къ уплатѣ гражданскаго вознагражденія не выше 30 рублей.

Если заочный уг.-суд. приговоръ, доступный повторительному уг.-суд. производству, является въ то же время еще и неокончательнымъ; то обвиненный имѣетъ право выбора между 2-мя поправочными уг.-суд. производствами: повторительнымъ и апелляціоннымъ (У. 138/13 г.; 138¹/13 г.; 139/13; 145; 834⁴/13 г.; 834⁵/13 г.; 853; 856. — УП. I. 30; II. 213; 218; 220).

Если же заочный уг.-суд. приговоръ, доступный повторительному уг.-суд. производству, оказывается въ то же время еще и окончательнымъ; то обвиненный имѣетъ право выбора между повторительнымъ уг.-суд. производствомъ и кассационнымъ (У. 138/13 г.;

138¹/13 г.; 175/13 г.; 176; 178/13 г.; 834⁴/13 г.; 834⁵/13 г.; 905; 906. — УП. I. 30; II. 237; 238; 242).

Избравъ противъ даннаго заочнаго уг.-суд. приговора одно изъ 2-хъ поправочныхъ уг.-суд. производствъ, предоставленныхъ на выборъ, обвиненный не можетъ уже обратиться къ другому производству: законъ не даетъ этому лицу этого права.

Но если обвиненный выбралъ повторительное производство и, по назначеніи повторительнаго разбирательства, явился къ разбирательству или, въ дозволенномъ случаѣ, прислалъ, вмѣсто себя, своего защитника, а судъ постановилъ новый, незаочный обвинительный уг.-суд. приговоръ; то противъ этого новаго приговора обвиненный имѣетъ право апелляціоннаго или кассационнаго обжалованія, по общимъ правиламъ закона.

Такъ, если этотъ новый обвинительный приговоръ является неокончательнымъ; обвиненному принадлежитъ право апелляціоннаго обжалованія. Если же этотъ новый обвинительный приговоръ оказывается окончательнымъ; то обвиненный имѣетъ право кассационнаго обжалованія.

Наконецъ, если уг. судъ 1-й инстанціи, которымъ постановленъ заочный уг.-суд. приговоръ, рассмотрѣвъ отзывъ обвиненнаго о новомъ рассмотрѣніи дѣла и причину неявки этого лица къ суду, постановилъ опредѣленіе о признаніи причины неявки этого лица неуважительною и отказъ въ повторительномъ рассмотрѣніи дѣла; то обвиненный имѣетъ 2 права.

Во 1-хъ, онъ имѣетъ право частной жалобы поправочному уг. суду частнаго обжалованія на это отрицательное частное опредѣленіе суда 1-й инстанціи (У. 139¹/13 г.; 141⁴/13 г.; 834⁵/13 г.; 834¹¹/13 г.).

А, во 2-хъ, обвиненному принадлежать: право апелляціонной жалобы на оставленный въ силѣ, заочный уг.-суд. приговоръ, если это — приговоръ неокончательный, и право кассационной жалобы, если это — приговоръ окончательный (У. 138¹/13 г.; 139¹/13 г.; 834⁴/13 г.; 834⁵/13 г.).

Обвиняемый имѣетъ право подать обѣ эти жалобы одновременно уг. суду 1-й инстанціи, постановившему обжалуемый заочный приговоръ, для передачи ихъ компетентному поправочному уг. суду.

Познакомившись съ обыкновеннымъ заочнымъ уг.-суд. производствомъ въ уг. судахъ 1-й инстанціи, безъ присяжныхъ, и съ устроеннымъ для исправленія его поправочнымъ повторительнымъ уг.-суд. производствомъ, укажемъ особенное заочное уг.-суд. производство въ Италіи и Франціи по уг. правонарушеніямъ лицъ, уклоняющихся отъ суда присяжныхъ, и законные способы поправочнаго производства.

По французскому уставу уг. суд. (§§ 468—470; 476), лицо, преданное обвинительной камерой суду присяжныхъ за преступленіе, но упорно незаконно уклоняющееся отъ явки въ судъ присяжныхъ, судится за это преступленіе трехчленною судейскою коллегіею суда присяжныхъ, безъ участія присяжныхъ, съ недопущеніемъ защитника, и приговаривается къ соотвѣтствующему наказанію, т. е. къ смертной казни, безсрочной и срочной каторгѣ и т. д.

Въ этихъ приговорахъ за многіе годы никакихъ оправданій не встрѣчается.

Если осужденный отдасть себя въ руки правосудія или будетъ задержанъ, до истеченія уголовно-исполнительной давности по отношенію къ присужденному наказанію; то постановленный заочный приговоръ теряетъ, по закону, свою силу, и это лицо вновь подвергается суду присяжныхъ, по общимъ правиламъ.

По итальянскому уг.-суд. законодательству (Законъ 14 іюля 1907 г. о реформѣ судоустройства, ст. 10. — Уст. уг. суд. 1913 г. ст. 471—473; 475; 497; 498), обвиняемый, уклонившійся, безъ законной причины, отъ явки въ судъ присяжныхъ, судится трехчленной судейской коллегіей уг. суда I-й инстанціи, безъ участія присяжныхъ, съ участіемъ назначеннаго защитника, но съ запрещеніемъ ему представлять суду оправдательныя доказательства (Уст. уг. суд. 473).

Если обвиняемый осужденъ этимъ судомъ къ каторгѣ, или къ другому наказанію лишеніемъ или ограниченіемъ свободы на срокъ выше пяти лѣтъ, или къ постоянному лишенію права на занятіе общественныхъ должностей; то, въ случаѣ добровольной явки или задержанія, до истеченія уголовно-обвинительной давности за вѣнненое въ вину прест. дѣяніе, постановленный заочный приговоръ теряетъ, по закону, свою силу, и осужденный имъ подвергается суду присяжныхъ, по общимъ правиламъ.

Если незаконно уклонившійся отъ суда присяжныхъ былъ заочно осужденъ судейской коллегіей, безъ присяжныхъ, къ наказанію ниже вышеозначеннаго; то онъ имѣетъ право, до истеченія уголовно-обвинительной давности, ходатайствовать передъ судомъ присяжныхъ о новомъ уг.-суд. разбирательствѣ и рѣшеніи того же самаго уг. дѣла.

По полученіи этого ходатайства, предсѣдатель суда I-й инстанціи назначаетъ засѣданіе суда присяжныхъ для разбирательства и рѣшенія этого дѣла и увѣдомляетъ объ этомъ просителя.

Если проситель явится въ назначенный срокъ въ судъ присяжныхъ, то и судится этимъ судомъ, по общимъ правиламъ; а если — опять не явится, то трехчленная судейская коллегія суда I-й инстанціи постановляетъ, безъ участія присяжныхъ, свое опредѣленіе объ оставленіи прежняго уг.-суд. приговора въ силѣ и приведеніи его въ исполненіе (475; 498).

Въ этихъ постановленіяхъ итальянскаго и французскаго уг.-суд. законодательствъ ярко выступаетъ передъ нами своеобразное отклоненіе отъ общихъ правилъ заочнаго уг.-суд. производства. Это отклоненіе сильно нарушаетъ: какъ обществ. интересъ основательности уг. правосудія, такъ и обществ. интересъ огражденія личности отъ напрасныхъ стѣсненій и сильно противорѣчитъ дѣйствительнымъ интересамъ уг. правосудія и возможно большаго народ. благосостоянія. Эти интересы уступили мѣсто упрямому стремленію законодателя понудить обвиняемыхъ къ явкѣ въ судъ присяжныхъ во что бы то ни стало, хотя бы ухудшеніемъ уг. правосудія.

§ 75. Судебные карательные приказы и их исправление¹⁾.

Въ заключеніе вопроса о заочныхъ уг.-суд. приговорахъ, необходимо отмѣтить, что ихъ не слѣдуетъ смѣшивать съ судебными карательными приказами.

Заочный уг.-суд. приговоръ есть рѣшеніе компетентнаго уг. суда I-й инстанціи, безъ присяжныхъ, о виновности и уг. отвѣтственности обвиняемаго въ уг. правонарушеніи, постановленное въ суд. засѣданіи, на основаніи судебного разбирательства, произведеннаго по уг. дѣлу, по существу, по вызовѣ, но при неявкѣ обвиняемаго къ суду, при отсутствіи или даже при участіи защитника въ разбирательствѣ.

Судебнымъ же карательнымъ приказомъ называется вообще рѣшеніе компетентнаго единоличнаго уг. судьи о признаніи обвиняемаго виновнымъ въ подсудномъ, маловажномъ или менѣе важномъ, общественномъ уг. правонарушеніи и о назначеніи наказанія этому лицу не выше умѣреннаго предѣла, особо указаннаго закономъ, постановленное въ суд. засѣданіи, безъ вызова этого лица въ это засѣданіе и безъ суд. разбирательства этого уг. дѣла, по существу.

Суд. карательный приказъ посылается постановившимъ его судьей въ копіи осужденному.

Если осужденный, получивъ суд. карательный приказъ отъ постановившаго его судьи, подастъ этому судѣ, въ теченіе короткаго

1) Н. В. Муравьевъ — Сокращенные способы разрѣшенія маловажныхъ уголовныхъ дѣлъ въ Германіи и Австріи. Ю. В. 1887. № 12. То же напечатано въ книгѣ Муравьева: „Изъ прошл. дѣятельности“. Т. I. Статья 9-я — I. В. Михайловскій — Судебные приказы по уголовнымъ дѣламъ. (Проектъ устава угол. судопроизводства). Право. 1900. № 39. — Михайловскій — Къ вопросу объ упрощеніи суммарнаго уголовного процесса. Вѣст. П. 1903. № 2—3. с. 13—21. — Д. Л. — Карательные приказы. Вѣст. П. 1901. № 1. — П. С. Коробка — Замѣтки мирового судьи. Ж. М. Ю. 1901. № 3. О карательныхъ приказахъ см. с. 127—129; 148—153; 155—157. — И. Г. Щегловитовъ — Упрощеніе судопроизводства по маловажнымъ уголовнымъ дѣламъ. Ж. М. Ю. 1901. № 8. с. 88—97. — Бер. — Порядокъ неотложности и судебные приказы по проекту новой редакціи устава угол. судопр. Юрид. Газета. 1902. № 13. — R. Katzenstein — Das richterliche Strafmandat. Bulletin de l'Union Internationale de Droit Pénal, Berlin, 1902. Dixième volume. Livraison 1. p. 159—257. — Пусторослевъ — Отзывъ о сочиненіи I. В. Михайловскаго: „Къ вопросу объ упрощеніи суммарнаго уголовного процесса“. Учен. Записки Ю. У. 1903. № 4. с. 15—21. — А. Н. Лазаренко — Судебные приказы по уголовнымъ дѣламъ. Ж. М. Ю. 1905. № 3. Это — докладъ въ петерб. юрид. обществѣ (Ж. М. Ю. 1905. № 3. с. 173). — Труды Юридическаго Общества при Императорскомъ С.-Петербургскомъ Университетѣ. Протоколъ засѣданія Уголовнаго отдѣленія Юридическаго общества 29 Января 1905 г. (Докладъ А. Н. Лазаренко — О судебныхъ приказахъ въ связи съ вопросомъ о введеніи этого института въ Россіи, пренія и отрицательное постановленіе юрид. общества). Вѣст. П. 1905. № 5. с. 29—41. — О. Я. Пергаментъ — О „судебныхъ приказахъ“ по проекту преобразованія мѣстнаго суда. Право. 1907. № 39. — В. Ширковъ — Судебные приказы и ускоренное производство по проекту (1908 года) германскаго устава уголовного судопроизводства. Ж. М. Ю. 1908. № 10. Обзоръ иностр. законодательства. I. с. 226—235. — Стенограф. отчетъ. Гос. Дума. Третій созывъ. Сессія III. Часть II. Засѣданіе 41-е (1910 г.). — Часть III. Засѣданіе 85-е (1910 г.). — Часть IV. Засѣданіе 122-е (1910 г.). Приложение къ стеногр. отчету. № 22. с. 2740—2741. — Шрамченко и Ширковъ — Уставъ уг. судопроизводства. 1913. Приложение. с. 1350—1352. — А. И. Люблинскій — Новый итальян. уставъ уг. суд. Ж. М. Ю. 1913. № 5. с. 119—122.

узаконеннаго срока, прошеніе о суд. разбирательствѣ и рѣшеніи уг. дѣла, рѣшеннаго этимъ приказомъ; то этотъ судья производитъ суд. разбирательство этого уг. дѣла, по существу, съ вызовомъ обвиняемаго къ разбирательству, и, по окончаніи разбирательства, постановляетъ уг.-суд. приговоръ.

Съ постановленіемъ этого приговора, прежній суд. карательный приказъ теряетъ силу.

Неподача же такой просьбы въ законный срокъ со стороны осужденнаго, сама по себѣ, а, по нѣкоторымъ законодательствамъ, иногда лишь при неподачѣ соотвѣтствующаго ходатайства со стороны нѣкоторыхъ публичныхъ обвинителей, влечетъ за собой, при отсутствіи законныхъ препятствій, вступленіе судебного карательнаго приказа въ законную силу и приведеніе его въ исполненіе.

Родина судебныхъ карательныхъ приказовъ — Германія. Они учреждены въ Пруссіи закономъ 17 іюля 1846 г.

Въ настоящее время суд. карательные приказы не достигли еще широкаго распространенія. Они учреждены лишь немногими культ. уг.-суд. законодательствами, напр., австрійскимъ уставомъ уг. суд. 1873 г. (§§ 460—462), германскимъ 1877 г. (§§ 447—452), венгерскимъ 1896 г. (§§ 532—535), итальянскимъ 1913 г. (§§ 298—302) и постановленіями нашего закона 15 іюня 1912 г. о преобразованіи мѣстнаго суда, введенными въ дѣйствіе, по закону 26 іюня 1913 г., съ 1 января 1914 г. (У. Глава десятая, по зак. 1913 г., „О судебныхъ приказахъ“. ст. 180⁴/13 г. — 180¹⁴/13 г.; 1185¹/13 г.).

Только что изложенное мною общее понятіе о суд. карательныхъ приказахъ представляетъ собой не что иное, какъ объединеніе тѣхъ существенныхъ признаковъ, которые въ большемъ или меньшемъ объемѣ свойственны каждому понятію о суд. карательномъ приказѣ, проводимому каждымъ изъ культ. законодательствъ, учреждающихъ эти приказы.

Отмѣчу теперь самыя важныя изъ тѣхъ особенностей, которыя встрѣчаются въ понятіяхъ о суд. карательныхъ приказахъ, по австрійскому, германскому, венгерскому, итальянскому и рус. уг.-суд. законодательству.

Австрійскій уставъ уг. суд. (§ 460) даетъ участковому судѣ право рѣшить уг. дѣло судебнымъ карательнымъ приказомъ только въ томъ случаѣ, когда предметомъ этого дѣла служить общественное уг. нарушеніе, обложенное, по уг. закону, наказаніемъ не выше мѣсячнаго ареста или денежнаго штрафа.

Далѣе, необходимо, чтобы участковый судья признавалъ нужнымъ назначить виновному наказаніе не выше трехдневнаго ареста или не выше денежнаго штрафа въ 15 гульденовъ.

Наконецъ, требуется, чтобы участковый судья получилъ предложеніе о рѣшеніи этого уг. дѣла судебнымъ карательнымъ приказомъ отъ должностнаго лица, облеченнаго прокурорскими правами и обязанностями при участковыхъ судахъ.

Въ Германской Имперіи участковый судья имѣетъ право постановить судебный карательный приказъ не иначе, какъ по письменному предложенію участковаго прокурора (Герм. уставъ уг. суд. § 447).

Это предложеніе содержитъ въ себѣ, согласно прямому предписанію закона (448), точное указаніе опредѣленнаго наказанія, которому, по заключенію прокурора, слѣдовало бы подвергнуть виновнаго.

По установившейся же практикѣ, согласной съ нѣкоторыми косвенными указаніями закона, это предложеніе прокуратуры должно содержать еще въ себѣ: обозначеніе званія, имени, фамиліи и мѣстожительства или мѣстопробыванія обвиняемой личности, обозначеніе дѣянія, учиненнаго обвиняемымъ, краткое изложеніе доказательствъ виновности этого лица въ учиненіи этого дѣянія и заключеніе прокуратуры о томъ, подъ какой именно проступокъ или нарушеніе подходить это дѣяніе, по дѣйствующему уг. закону.

Наказаніе, предлагаемое участковой прокуратурой и назначаемое судебнымъ карательнымъ приказомъ, ни въ какомъ случаѣ не должно превышать: ни денежнаго штрафа въ 150 марокъ, ни шестинедѣльнаго лишенія свободы (заключеніемъ въ тюрьмѣ или подъ арестомъ). Отдачи же подъ надзоръ полиціи не можетъ быть назначено (447).

Если у судьи не возникаетъ сомнѣній въ томъ, что данное уг. дѣло слѣдуетъ рѣшить суд. карательнымъ приказомъ; то судья и постановляетъ этотъ приказъ, но — не иначе, какъ въ соотвѣтствіи съ предложеніемъ участковаго прокурора (448).

Благодаря хорошему юридическому, экономическому и бытовому положенію участковыхъ судей, участковой прокуратуры и общей полиціи въ Германской Имперіи, а вмѣстѣ съ тѣмъ и благодаря добросовѣстности этихъ лицъ, опытности и знанію дѣла, судебные карательные приказы въ Германской Имперіи отличаются основательностью, правомѣрностью и отсутствіемъ излишняго гнета для виновныхъ. Разрѣшеніе же уг. дѣлъ посредствомъ судебныхъ карательныхъ приказовъ происходитъ гораздо скорѣе и проще и стоитъ гораздо дешевле, чѣмъ отправленіе уг. правосудія по этимъ дѣламъ посредствомъ судебного разбирательства ихъ, по существу, и постановленія уг.-суд. приговоровъ.

Этимъ и объясняется то, что суд. карательные приказы пользуются въ Германской Имперіи сочувствіемъ: и суда, и прокуратуры, и полиціи, и правительства, и литературы, и общества, и даже самихъ осуждаемыхъ. По свидѣтельству В. П. Ширкова (Судебные приказы. Ж. М. Ю. 1908. № 10. с. 227. прим. 1), изъ всего числа судебныхъ карательныхъ приказовъ, постановленныхъ въ Германской Имперіи съ 1901 г. по 1905 г., около 88% не вызвали никакого обжалованія со стороны осужденныхъ и вступили въ законную силу.

По венгерскому уставу уг. суд., участковый судья постановляетъ суд. карательный приказъ не иначе, какъ по предложенію публичнаго обвинителя или, по крайней мѣрѣ, по заявленіи своего согласія публичнымъ обвинителемъ на жалобу потерпѣвшаго, и притомъ только въ тѣхъ случаяхъ, когда человѣкъ обвиняется въ учиненіи общественнаго проступка или нарушенія, обложеннаго въ уг. законѣ только денежнымъ штрафомъ. Судебнымъ карательнымъ приказомъ можетъ быть наложенъ на виновнаго только денежный штрафъ не выше 200 кронъ (§§ 531—533).

По итальянскому уставу уг. суд. (§ 298), преторъ постановляетъ суд. карательный приказъ, по собственному усмотрѣнію, когда находить, на основаніи разсмотрѣнія уг. дѣла, что дѣяніе обвиняемаго составляетъ такое подсудное уг. нарушение (*contravvenzione*), за которое слѣдуетъ наложить на виновнаго денежный штрафъ не выше 100 лиръ.

Постановивъ этотъ приказъ, преторъ имѣетъ право постановить опредѣленіе объ испытательной отсрочкѣ приведенія этого приказа въ исполненіе на опредѣленный срокъ.

Если приказъ вступить въ законную силу, и осужденный выдержать въ теченіе этого срока испытаніе; то этотъ осужденный освобождается отъ обязанности уплаты наложеннаго на него штрафа.

Если же осужденный не выдержать испытанія, а именно — учинить въ теченіе испытательнаго срока какое-нибудь изъ самыхъ важныхъ или изъ болѣе важныхъ уг. правонарушеній, называемыхъ въ итальянскомъ уг. уложеніи деликтами (*delitto*), проступками (Итальян. уставъ уг. суд. §§ 298; 585), или не исполнить какого-нибудь изъ наложенныхъ на него добавочныхъ условій испытанія, т. е. не уплатить гражданскаго вознагражденія или судебныхъ издержекъ (298; 424; 585); въ такомъ случаѣ опредѣленіе объ испытательной отсрочкѣ приведенія судебного карательнаго приказа въ исполненіе отмѣняется судомъ, и приказъ приводится въ исполненіе.

Если осужденный суд. карательнымъ приказомъ будетъ просить претора о суд. разбирательствѣ дѣла и преторъ назначить разбирательство, а проситель не явится въ засѣданіе и не представитъ законной причины неявки; то преторъ постановляетъ опредѣленіе о приведеніи прежняго суд. карательнаго приказа въ исполненіе и возложеніи суд. издержекъ, по этому засѣданію, на неявившагося просителя, а если ему была дана испытательная отсрочка въ исполненіи суд. карательнаго приказа, то и объ отмѣнѣ ея (301).

Примѣненіе испытательной отсрочки къ приведенію судебныхъ карательныхъ приказовъ въ исполненіе введено впервые въ культ. мірѣ итальянскимъ уставомъ уг. суд. 1913 г. и заслуживаетъ полнаго одобренія¹⁾.

1) П. П. Пусторослевъ — Понятіе о незамѣнимой саморасправѣ, какъ учрежденіи уголовного права. Москва. 1890. с. 22—38. — Пусторослевъ — Понятіе о преступленіи. Москва. 1891. с. 228—232. — Пусторослевъ — Анализъ понятія о преступленіи. Москва. 1892. с. 133—136. — Пусторослевъ — Бостонская система испытанія преступниковъ. Юрьевъ. 1894. — Пусторослевъ — Иностранная системы освободительнаго испытанія преступниковъ. Юрьевъ. 1905. См. Учен. Записки Ю. У. 1906. № 3. — Пусторослевъ. — Испытаніе преступника, по постановленію уголовного суда, на освобожденіе отъ присужденнаго наказанія, по официальному русскому проекту 1903 года. Вѣст. П. 1905. № 8. — Пусторослевъ — Испытательная отсрочка наказанія и присяжные. Право. 1910. № 1. — А. А. Піонтковскій — Объ условномъ осужденіи или системѣ испытанія. Одесса. 1894. — А. А. Піонтковскій — Уголовная политика и условное осужденіе. Одесса. 1895. — Піонтковскій — Результаты примѣненія условнаго осужденія. Ж. М. Ю. 1902. № 8. — Піонтковскій — Люцернскій законъ объ условномъ осужденіи. Ж. М. Ю. 1911. № 6. — Піонтковскій — Условное осужденіе въ Германскомъ и Австрійскомъ

Нашъ дѣйствующій уставъ уг. суд., снабженный постановленіями о суд. карательныхъ приказахъ закономъ 15 іюня 1912 г., называетъ эти приказы кратко, но неточно „судебными приказами“ [У. Глава десятая (по зак. 1913 г. о введеніи въ дѣйствіе закона 1912 г.) — „О судебныхъ приказахъ“. ст. 180⁴/13 г. — 180¹⁴/13 г.; 1185¹/13 г.].

Право отдачи судебныхъ приказовъ принадлежитъ, по уставу уг. суд. (180⁴/13 г.), только мир. судѣ, но упраздняемая правила объ устройствѣ суд. части и производствѣ суд. дѣлъ въ мѣстностяхъ, гдѣ введено положеніе о земскихъ участковыхъ начальникахъ, открываютъ полную возможность распространить это право на упраздняемыхъ членовъ окружнаго суда (УП. I. 30).

Распространеніе этого права на городскихъ судей и земскихъ начальниковъ противозаконно, такъ какъ законъ 26 іюня 1913 г. о введеніи въ дѣйствіе закона 15 іюня 1912 г. (собр. уз. 1913. Отд. I. № 138. ст. 1194. Зак. Отд. XVI) постановилъ: „Судопроизводственные постановленія закона 15 іюня 1912 года о преобразованіи мѣстнаго суда (Собр. Узак. ст. 1003) не примѣнять при производствѣ дѣлъ, подвѣдомственныхъ земскимъ начальникамъ и городскимъ судьямъ, за исключеніемъ случаевъ, указанныхъ“ относительно устава гражд. судопроизводства.

Уставъ уг. суд. даетъ право мировому судѣ рѣшать суд. приказами только уг. дѣла о такихъ прест. дѣяніяхъ, которыя удовлетворяютъ слѣд. условіямъ: 1) влекутъ, по закону, главное нормальное „наказаніе не свыше денежныхъ взысканій либо пени до пятидесяти рублей или ареста до пятнадцати дней“ [180⁴/13 г.], 2) принадлежать къ числу общественныхъ уг. правонарушеній, т. е. не допускаютъ примиренія и подлежать уг. преслѣдованію въ порядкѣ публичнаго обвиненія [180⁵/13 г.], 3) не влекутъ гражд. иска [180⁵/13 г.], 4) не требуютъ принятія мѣръ къ устраненію или исправленію совершеннаго вопреки требованіямъ закона [180⁵/13 г.] и 5) не относятся къ такимъ уг. нарушеніямъ какого-нибудь устава казеннаго управленія, по которымъ казенныя управленія управомочены сами налагать взысканія, до суд. разсмотрѣнія дѣла [1185¹/13 г.].

Мир. судья имѣетъ право рѣшать эти дѣла судебными приказами только въ томъ случаѣ, когда усмотритъ „изъ поступившихъ къ нему

проектахъ уголовныхъ уложеній. *Вопр. П.* 1911. Кн. VI. (2). — А. А. Жижиленко — Условное осужденіе по иностраннымъ законодательствамъ. *Ж. М. Ю.* 1897. № 5. — Жижиленко — Проектъ министра юстиціи объ условномъ осужденіи. *Право.* 1907. № 16—17. — Г. В. Михайловскій — Къ вопросу объ условномъ осужденіи. *Право.* 1904. № 49. — С. К. Гогель — Курсъ уголовной политики въ связи съ уголовной социологіей. *Спб.* 1910. с. 278—319. — Гогель — Дѣтская преступность въ С.-Петербургѣ въ 1910 году, по даннымъ попечителей дѣтскаго суда. *Право.* 1911. № 20. — С. П. Мокринскій — Условное осужденіе и государственный совѣтъ. *Право.* 1910. №№ 30; 31. — Д. А. Дриль — Ученіе о преступности и мѣрахъ борьбы съ нею. *Спб.* 1912. с. 477; 489. — П. И. Люблинскій — Условное осужденіе и попечительный надзоръ въ Америкѣ. *Ж. М. Ю.* 1912. №№ 9; 10. — А. И. Люблинскій — Новый итальян. уставъ уг. суд. *Ж. М. Ю.* 1913. № 5. с. 120; № 6. с. 163—164. — Н. С. Тимашевъ — Условное осужденіе. *Спб.* 1914.

сообщеній полиціи, присутственныхъ мѣстъ и должностныхъ лицъ достаточныя, не возбуждающія сомнѣнія, доказательства обвиненія, предъявленнаго къ лицу, учинившему преступное дѣяніе“ (180⁴/13 г.).

Законъ даетъ право мировому судѣ рѣшить подходящее уг. дѣло судебнымъ приказомъ не ранѣе, какъ по прошествіи сутокъ, послѣ поступленія этого дѣла къ судѣ (180⁶/13 г.), и притомъ — не иначе, какъ „въ публичномъ судебномъ засѣданіи послѣ доклада дѣла“ (180⁷/13 г.). О предстоящемъ же докладѣ этого дѣла должно быть объявлено передъ началомъ засѣданія, вмѣстѣ съ объявленіемъ о другихъ уг. дѣлахъ, назначенныхъ къ суд. разсмотрѣнію.

Обвиняемый и обвинитель, явившіеся ко времени доклада дѣла, безъ вызова со стороны судьи, допускаются „къ представленію объясненій на общемъ основаніи“ (180⁸/13 г.).

Въ суд. приказѣ должны быть обозначены слѣд. данныя [180⁹/13 г. въ связи съ 130/13 г.]: 1) годъ, мѣсяцъ и число, когда постановленъ приказъ, 2) званія, имена, отчества и фамиліи или прозвища лицъ, участвующихъ въ дѣлѣ, 3) соображенія, принятыя въ основаніе приказа, 4) „сущность“ приказа, т. е. опредѣленіе, въ какомъ уг. правонарушеніи признанъ виновнымъ обвиняемый и какое назначено этому лицу наказаніе, „съ указаніемъ законовъ“, въ силу которыхъ постановленъ этотъ приказъ, 5) право осужденнаго, не просившаго о разрѣшеніи дѣла судебнымъ приказомъ, просить въ семидневный срокъ, по полученіи копіи этого приказа, мирового судью о суд. разбирательствѣ дѣла, рѣшеннаго этимъ приказомъ, 6) предупрежденіе осужденнаго, что, въ случаѣ неподачи этой просьбы въ законный срокъ, судебный приказъ вступитъ въ законную силу, и 7) подпись мир. судьи.

Суд. приказъ, немедленно по его постановленіи, препровождается въ копіи должностнымъ лицамъ и присутственнымъ мѣстамъ, возбудившимъ дѣло, а также осужденному (180¹⁰/13 г.).

Эти мѣста и лица, наравнѣ съ осужденнымъ, имѣютъ право, въ теченіе 7 дней по полученіи копіи приказа, просить о суд. разбирательствѣ дѣла. Обвиняемый, ходатайствовавшій о разрѣшеніи дѣла судебнымъ приказомъ, утрачиваетъ право просить о суд. разбирательствѣ дѣла (180¹¹/13 г.).

Если просьба о суд. разбирательствѣ дѣла не заявлена въ законный срокъ; то суд. приказъ вступаетъ въ законную силу (180⁹/13 г.) и имѣетъ значеніе судебного приговора, вступившаго въ законную силу (180¹²/13 г.).

При суд. разбирательствѣ дѣла, по просьбѣ обвиняемаго или присутственныхъ мѣстъ и должностныхъ лицъ, возбудившихъ дѣло, мир. судья постановляетъ приговоръ, не стѣсняясь прежнимъ суд. приказомъ. По объявленіи этого приговора, суд. приказъ теряетъ силу (180¹³/13 г.).

Познакомившись съ суд. карательными приказами, обратимся къ оцѣнкѣ этого учрежденія, съ точки зрѣнія уголовно-судебной политики, руководимой интересами всесторонняго, возможно большаго народнаго благосостоянія.

Эти интересы настоятельно требуютъ, чтобы отправленіе уг.

правосудія единоличными судьями не только по менѣ важнымъ, но даже и по мало важнымъ уг. правонарушеніямъ не страдало частымъ осужденіемъ невинныхъ и слишкомъ большимъ преувеличеніемъ или преуменьшеніемъ виновности и наказанія виновныхъ.

Въ огражденіе уг. правосудія по этимъ дѣламъ отъ этихъ чрезвычайно важныхъ недостатковъ, необходимо принять мѣры къ тому, чтобы обезпечить: отправленію уг. правосудія — достаточную основательность и правомѣрность, а обвиняемому — достаточное огражденіе отъ излишнихъ стѣсненій.

Правильно устроенное судебное разбирательство уг. дѣла, по существу, по вызовѣ обвиняемаго, хотя бы даже и при неявкѣ ни его, ни его защитника къ разбирательству, даетъ въ крупномъ большинствѣ случаевъ полную возможность порядочному единоличному судѣ I-й инстанціи основательно и правомѣрно опредѣлить, на основаніи самоличнаго изслѣдованія обстоятельствъ дѣла, по доказательствамъ, виновенъ ли обвиняемый въ учиненіи дѣянія, предусмотрѣннаго уг. закономъ, въ качествѣ опредѣленнаго уг. правонарушения, а, въ случаѣ признанія виновности этого лица, назначить ему, соотвѣтствующее ей законное наказаніе.

Благодаря этому, въ уг.-суд. приговорахъ, постановленныхъ порядочными единоличными судьями, а въ томъ числѣ и въ заочныхъ, достаточно обезпечена въ крупномъ большинствѣ случаевъ: и основательность, и правомѣрность, и надлежащее огражденіе подсудимаго отъ напрасныхъ стѣсненій.

Суд. карательный приказъ постановляется единоличнымъ судьей I-й инстанціи, безъ суд. разбирательства уг. дѣла, по существу, и безъ вызова обвиняемыхъ, постановляется, на основаніи разсмотрѣнія письменныхъ актовъ, представленныхъ этому судѣ.

Этими актами служатъ: въ лучшемъ случаѣ — предложеніе прокуратуры или вообще специалиста по публичному обвиненію о разрѣшеніи уг. дѣла судебнымъ карательнымъ приказомъ, основанное на свѣдѣніяхъ объ учиненномъ уг. правонарушеніи и его учинителѣ, собранныхъ полиціей, а въ худшемъ случаѣ — сообщеніе полиціи объ учиненномъ прес. дѣяніи и его учинителѣ, основанное на свѣдѣніяхъ, собранныхъ ею, не просмотрѣнныхъ, не взвѣшанныхъ спеціалистомъ публичнаго обвиненія и не признанныхъ имъ достаточными къ разрѣшенію дѣла судебнымъ карательнымъ приказомъ.

При такихъ условіяхъ, ясно, что возможность постановленія основательныхъ и правомѣрныхъ судебныхъ карательныхъ приказовъ стоитъ въ тѣсной зависимости отъ тѣхъ свѣдѣній объ учиненномъ уг. правонарушеніи и его учинителѣ, которыя сообщаются единоличному судѣ I-й инстанціи: или непосредственно самой полиціей, или при посредствѣ специалиста по публичному обвиненію, оцѣнивающаго ихъ и, въ случаѣ благопріятной оцѣнки, препровождающаго ихъ къ судѣ съ своимъ предложеніемъ о разрѣшеніи дѣла судебнымъ карательнымъ приказомъ.

Гдѣ полиція также, какъ въ Германіи (выше с. 230), отличается знаніемъ дѣла, опытностью, закономѣрностью образа дѣйствій и добро-

совѣстностью; тамъ и свѣдѣнія о маловажныхъ и менѣе важныхъ уг. правонарушеніяхъ, собранныя полиціей въ законченномъ видѣ и препровождаемыя публично обвинителю или единоличному судѣ, представляютъ собой такой матеріалъ, по которому и публичный обвинитель, и судья имѣетъ полную возможность основательно и правомѣрно опредѣлить во многихъ случаяхъ, виновенъ ли обвиняемый въ прест. дѣяніи и, въ случаѣ виновности, назначить ему соотвѣтствующее законное наказаніе.

Въ такихъ культ. государствахъ судебнымъ карательнымъ приказамъ достаточно обезпечена основательность и правомѣрность, а обвиняемому — огражденіе отъ излишнихъ стѣсненій. А такъ какъ, при этихъ условіяхъ, учрежденіе судебныхъ карательныхъ приказовъ дѣйствительно, сильно ускоряетъ и удешевляетъ отправленіе уг. правосудія, а, кромѣ того, само по себѣ, упрощаетъ и облегчаетъ трудъ судьи и свидѣтелей; то и приобрѣтаетъ, съ точки зрѣнія уголовно-судебной политики народнаго благосостоянія, полное право на существованіе.

Иначе стоитъ дѣло въ тѣхъ государствахъ, гдѣ полиція очень не удовлетворительна, гдѣ недостаточное знаніе предписаній закона, необходимыхъ для правомѣрной полицейской дѣятельности, неуваженіе къ закону, предпочтеніе воли начальства закону, недостаточное знаніе своего дѣла, склонность къ произволу и склонность къ лицепріятію и взяточничеству распространены среди многихъ чиновъ полиціи.

При распространенности этихъ недостатковъ среди органовъ полиціи, и полицейскія сообщенія единоличнымъ судьямъ I-й инстанціи о происшедшихъ прест. дѣяніяхъ и ихъ учинителяхъ не могутъ представлять собой такого матеріала, по которому судья, не подрывая уваженія и довѣрія къ себѣ въ мѣстномъ населеніи, могъ бы во многихъ случаяхъ основательно и правомѣрно рѣшать вопросы о виновности и уг. отвѣтственности обвиняемыхъ.

А при этихъ условіяхъ, и учрежденіе судебныхъ карательныхъ приказовъ не можетъ соотвѣтствовать правильно понятымъ интересамъ уг. правосудія и народнаго благосостоянія.

Что касается до насъ, то у насъ и литература, и общественное мнѣніе, и само правительство признаетъ нашу полицію очень неудовлетворительной. Наша полиція нуждается въ коренныхъ преобразованіяхъ. И если даже согласиться съ мнѣніемъ особой комиссіи Гос. Совѣта, что „недалеко время полной и коренной реформы полиціи, съ проведеніемъ которой составъ полиціи несомнѣнно улучшится“ (Шрамченко и Ширковъ — Уставъ уг. суд. 1913. с. 1352); то все же не слѣдуетъ принимать желаемое и ожидаемое за настоящее и ввѣрять современной, дѣйствительно неудовлетворительной полиціи тѣ задачи, которыя можетъ успѣшно исполнить лишь усовершенствованная полиція будущаго.

А при такихъ условіяхъ дѣйствительности, приходится признать, что учрежденіе у насъ судебныхъ карательныхъ приказовъ, до дѣйствительнаго кореннаго усовершенствованія полиціи, противорѣчитъ интересамъ уг. правосудія и народ. благосостоянія и является преждевременнымъ.

§ 76. б. Обще поправочные уголовные суды для пересмотра уголовно-судебных приговоров, вошедших въ законную силу, и их подраздѣленіе на двѣ подгруппы: на уголовные суды для дополнительнаго исправленія осудительныхъ уголовно-судебныхъ приговоровъ и возобновительные уголовные суды. Для народн. благосостоянія необходимо прочное господство правового порядка въ культ. государствѣ.

Уг. правосудіе можетъ содѣйствовать упроченію этого порядка въ томъ только случаѣ, когда разбирательству уг. дѣлъ будетъ положенъ государствомъ твердый предѣлъ, а уг.-суд. приговорамъ, подходящимъ подъ законныя условія, будетъ придана правовая непоколебимость.

Въ виду этого, необходимо признать за общее правило, что уг. дѣло, рѣшенное уг.-суд. приговоромъ, подходящимъ подъ условія узаконенной непоколебимости, уже не должно быть перерѣшаемо вновь, — *ne bis in idem*. Такой уг.-суд. приговоръ долженъ имѣть, по общему правилу, силу закона относительно уг. дѣла, по которому постановленъ.

Это сознаютъ всѣ культ. государства и придаютъ, въ видѣ общаго правила, силу рѣшеннаго дѣла (*auctoritas rei judicatae*), или правовую непоколебимость, или силу закона уг.-суд. приговору, состоявшемуся по уг. дѣлу, при наличности узаконенныхъ условій.

Какія условія необходимы для вступленія уг.-суд. приговоровъ въ законную силу, это опредѣляется дѣйствующимъ правомъ cadaго культ. государства. Одни изъ этихъ условій одинаковы въ главныхъ чертахъ во всѣхъ культ. государствахъ, хотя и нерѣдко различны въ подробностяхъ; другія же различны даже въ главныхъ чертахъ.

Общихъ условій существуетъ 5. Укажемъ ихъ, а при этомъ обратимъ вниманіе преимущественно на наше дѣйствующее общее уг.-суд. законодательство.

1. Для вступленія приговора по уг. дѣлу въ законную силу, по дѣйствующему праву cadaго культ. государства, необходимо, чтобы былъ въ наличности оправдательный (У. 21; 121; 771 п. 1. — УП. I. 1; 30; II. 203), или освободительный (У. 771 п. 2; 772—773; 118. — УП. I. 1), или осудительный (У. 22; 122—123/13 г.; 771 п. 3; 774. — УП. I. 1; II. 206) приговоръ (У. 181; 941. — УП. II. 244) по уг. дѣлу (выше с. 175—183).

2. По общепринятому правилу, требуется, чтобы приговоръ по уг. дѣлу былъ постановленъ уг. судомъ (У. 21—23; 181; 941. — УП. II. 244).

3. По общепринятому правилу, необходимо, чтобы приговоръ по уг. дѣлу былъ постановленъ уг. судомъ не иначе, какъ съ соблюденіемъ всѣхъ узаконенныхъ, безусловно обязательныхъ правилъ подсудности, а именно — правилъ подсудности по роду дѣла и по званію подсудимаго. Это правило не высказано нашимъ уг.-суд. законодательствомъ во всей полнотѣ (У. 14; 21), но вполне правильно разъяснено опредѣленіями сената (к.

р. 1867 г. № № 397 и 608; 1869 г. № № 639 и 668; 1871 г. № 1319; 1872 г. № 1247; 1873 г. № 587; 1875 г. № 342; 1880 г. № 24. — р. О. С. кас-хъ деп-въ 1866 г. № 94; 1871 г. № 125; 1884 г. № 14. — р. О. С. I-го и кас-хъ деп-въ 1867 г. № № 227 и 275; 1879 г. № № 33 и 57; 1901 г. № 5).

4. По общепринятому правилу, требуется, чтобы на уг.-суд. приговоръ компетентнаго уг. суда не было представлено узаконеннаго обжалованія законнымъ порядкомъ въ законный срокъ. Постановленія о подробностяхъ этого общаго правила, т. е. о законныхъ способахъ обжалованія, о законныхъ порядкахъ его подачи и законныхъ срокахъ, часто различны въ разныхъ култ. государствахъ.

Согласно нашему общему уг.-суд. законодательству, уг.-суд. приговоръ входитъ въ законную силу въ этомъ отношеніи въ слѣд. случаяхъ: а) когда на неокончательный заочный уг.-суд. приговоръ не представлено въ законный двухнедѣльный срокъ никакого апелляціоннаго обжалованія [У. 181 п. 2; 941 п. 1; 147/13 г.; 865. — УП. I. 30; II. 220; 244 п. 2]; б) когда на неокончательный заочный уг.-суд. приговоръ не представлено: α) ни апелляціоннаго обжалованія — въ двухнедѣльный срокъ [У. 181 п. 4; 941 п. 1; 133/13 г.; 138¹/13 г.; 147/13 г.; 583; 592; 834¹; 834⁴/13 г.; 853; 856—858; 865. — УП. I. 30; II. 220; 244 п. 4], β) ни отзыва о новомъ разсмотрѣніи дѣла мировому судѣ, окружному суду или уѣздному члену окружнаго суда — въ семидневный срокъ [У. 181 п. 4; 941 п. 1; 139/13 г.; 834⁵/13 г. — УП. I. 30], γ) ни отзыва о новомъ разсмотрѣніи дѣла городскому судѣ или земскому участковому начальнику — въ двухнедѣльный срокъ [УП. II. 220; 244 п. 4], δ) ни апелляціоннаго отзыва — въ льготный добавочный трехдневный срокъ отъ обвиняемаго, получившаго отказъ мирового судьи, окружнаго суда или уѣзднаго члена окружнаго суда въ новомъ разсмотрѣніи дѣла [У. 181 п. 2; 941 п. 1; 139¹/13 г.; 834⁵/13 г.], в) когда на окончательный уг.-суд. приговоръ не представлено въ законный двухнедѣльный срокъ никакого кассационнаго обжалованія [У. 181 п. 3; 941 п. 2; 147/13 г.; 175/13 г.; 910. — УП. I. 30; II. 220; 238; 244 п. 3] и г) когда на окончательный заочный уг.-суд. приговоръ мирового судьи, уѣзднаго члена окружнаго суда, городского судьи или земскаго участковаго начальника не представлено: α) ни кассационнаго обжалованія — въ двухнедѣльный срокъ [У. 181 п. 3; 147/13 г.; 175/13 г. — УП. I. 30; II. 220; 238; 244 п. 3], β) ни отзыва о новомъ разсмотрѣніи дѣла мировому судѣ или уѣздному члену окружнаго суда — въ семидневный срокъ [У. 181 п. 4; 139/13 г. — УП. I. 30], γ) ни отзыва о новомъ разсмотрѣніи дѣла городскому судѣ или земскому участковому начальнику — въ двухнедѣльный срокъ [УП. II. 220; 238; 244 п. 3], δ) ни кассационной жалобы — въ льготный добавочный трехдневный срокъ отъ обвиняемаго, получившаго отказъ мирового судьи или уѣзднаго члена окружнаго суда въ новомъ разсмотрѣніи дѣла [У. 181 п. 3; 139¹/13 г.].

5. По общепринятому правилу, необходимо, чтобы, въ случаѣ подачи кас. обжалованія на окончательный уг.-суд. приговоръ, этотъ приговоръ былъ оставленъ компетентнымъ кас. уг. судомъ въ полной силѣ [У. 181 п. 3; 941 п. 3. — УП. I. 30; II. 244 п. 3].

Далѣе, по особенному постановленію нашего общаго уг.-суд. законодательства, уг.-суд. приговоръ мирового судьи, уѣзднаго члена окружнаго суда, городского судьи, земскаго участкаго начальника, мирового съѣзда, окружнаго суда, замѣняющаго мир. съѣздъ, и судебнаго отдѣленія уѣзднаго съѣзда входитъ въ законную силу и въ томъ случаѣ, когда обѣ стороны заявятъ компетентному уг. суду, постановившему этотъ приговоръ, что онѣ отказываются отъ своего права на обжалованіе этого приговора соотвѣтствующимъ законнымъ порядкомъ, т. е. апелляционнымъ, повторительнымъ или кассационнымъ (У. 181 п. 1. — УП. I. 30; II. 244 п. 1).

Далѣе, согласно особенному постановленію нашего общаго уг.-суд. законодательства, окончательный уг.-суд. приговоръ, подлежащій кас. обжалованію не иначе, какъ съ представленіемъ десятирублеваго (У. 177/13 г. — УП. I. 30) или двадцатипятирублеваго (У. 910 п. 2/13 г.) залога, по принадлежности, вступаетъ въ законную силу и въ томъ случаѣ, когда кас. жалоба представлена въ законный срокъ, а узаконеннаго залога въ этотъ срокъ не представлено.

Наконецъ, по особеннымъ постановленіямъ австрійскаго, венгерскаго, германскаго и итальянскаго уг.-суд. законодательства, окончательный уг.-суд. приговоръ, своевременно обжалованный кас. порядкомъ, входитъ въ законную силу и въ томъ случаѣ, когда этотъ приговоръ не оставленъ компетентнымъ кас. уг. судомъ въ полной силѣ, но измѣненъ этимъ судомъ, съ соблюденіемъ законныхъ условій, въ законныхъ предѣлахъ.

Это принято и у насъ, но только въ области не общаго, а чрезвычайнаго уг.-суд. производства. Такъ, на приговоры особаго присутствія правительствующаго сената, съ участіемъ сословныхъ представителей, по дѣламъ о госуд. преступленіяхъ допускаются только кас. жалобы обвиняемыхъ и кас. протесты прокуратуры и притомъ „лишь относительно нарушенія закона и неправильнаго его толкованія, при опредѣленіи преступленія и рода наказанія“ (У. 1061⁷). Эти жалобы и протесты подлежатъ разсмотрѣнію общаго собранія гражданскаго и уголовнаго кассационныхъ департаментовъ правительствующаго сената. Въ этомъ общемъ собраніи сенаторы, засѣдавшіе въ особомъ присутствіи сената, не участвуютъ. Общее собраніе, признавъ, что въ приговорѣ особаго присутствія сената „неправильно примѣненъ законъ о наказаніи осужденнаго, само постановляетъ окончательный, не подлежащій обжалованію, приговоръ о наказаніи осужденнаго на точномъ основаніи законовъ“ (У. 1061⁸).

Познакомившись съ условіями вступленія уг.-суд. приговоровъ въ законную силу, мы тотчасъ замѣчаемъ, что эти условія не исключаютъ возможности приобрѣтенія законной силы иногда и такими уг.-суд. приговорами, которые содержатъ въ себѣ важныя ошибки и злоупотребленія.

Если бы ни одинъ вступившій въ законную силу, суд. приговоръ по уг. дѣлу никогда не заключалъ въ себѣ никакихъ важныхъ ошибокъ и злоупотребленій въ рѣшеніи вопросовъ о виновности и наказуемости подсудимаго и никогда не присуждалъ бы подсудимому наказанія, несовмѣстимаго, по закону, съ наказаніемъ, присужденнымъ тому же лицу за другое уг. правонарушеніе другимъ уг.-суд. приговоромъ, также вступившимъ въ законную силу; то каждый уг.-суд. приговоръ, вступивъ разъ въ законную силу, долженъ былъ бы обладать ею всегда.

Но жизнь обнаруживаетъ, что меньшинство уг.-суд. приговоровъ, вступившихъ въ законную силу, содержитъ въ себѣ какой-нибудь изъ этихъ важныхъ недостатковъ.

Обладая же законной силой, несмотря на присутствіе такого недостатка, уг.-суд. приговоръ является уже не поддержкой правового порядка, а вопіющимъ нарушеніемъ его.

Отсюда становится понятно, что культ. государство, дорожа, въ интересахъ народн. благосостоянія, господствомъ правового порядка, неминуемо должно установить, въ видѣ исключенія, утрату законной силы этими приговорами настолько, насколько это необходимо, въ народн. интересахъ, для исправленія этихъ важныхъ недостатковъ.

Что же касается недостатковъ, не имѣющихъ важнаго значенія въ дѣйствительности, на дѣлѣ, то страдающіе ими уг.-суд. приговоры, уже вступившіе въ законную силу, лучше оставить безъ исправленія. Правовой порядокъ и народное благосостояніе гораздо больше выиграютъ въ этихъ случаяхъ отъ уваженія къ наличной законной силѣ нѣсколько неудовлетворительнаго уг.-суд. приговора, чѣмъ отъ устраненія ея и отъ дальнѣйшихъ исправленій.

Поступая соотвѣтственно указаннымъ требованіямъ уг.-суд. политики народнаго благосостоянія въ области общаго уг. правосудія, культ. государство должно учредить, въ видѣ исключенія, относительно уг.-суд. приговоровъ, вступившихъ здѣсь въ законную силу, 2 уг.-суд. производства: дополнительное и возобновительное.

Дополнительное уг.-суд. производство должно быть учреждено, въ видѣ исключенія, для тѣхъ случаевъ, гдѣ осудительный уг.-суд. приговоръ (выше с. 177; 179; 180—183), уже вступившій въ законную силу, но еще не приведенный въ исполненіе во всей полнотѣ и еще требующій исполненія, не содержитъ въ себѣ важныхъ ошибокъ или злоупотребленій въ рѣшеніи вопроса о виновности осужденнаго, но имѣетъ важное препятствіе къ своему приведенію въ исполненіе относительно наказанія. Это препятствіе состоитъ въ томъ, что этотъ приговоръ заключаетъ въ себѣ важную ошибку или злоупотребленіе въ рѣшеніи вопроса о наказуемости этого лица или же присуждаетъ наказаніе, несовмѣстимое, по закону, съ наказаніемъ, уже присужденнымъ тому же подсудимому за другое уг. правонарушеніе посредствомъ другого уг.-суд. приговора, также вступившаго въ законную силу.

Этихъ важныхъ недостатковъ 5. Они и должны быть признаны со стороны закона единственными законными поводами къ дополнительному исправленію уг.-суд. приговоровъ, вступившихъ въ законную силу.

Этими недостатками являются: 1) неясность уг.-суд. приговора относительно наказуемости осужденного, напр., сбивчивое обозначение въ приговорѣ, кому изъ нѣсколькихъ осужденныхъ присуждены какія наказанія, 2) неполнота уг.-суд. приговора относительно наказуемости осужденного, напр., необозначение продолжительности присужденного длящагося срочнаго наказанія, или необозначение законнаго замѣнительнаго наказанія, при законной необходимости замѣны нормальнаго наказанія, или, въ случаѣ узаконенія разной продолжительности одного и того же вида наказательнаго заключенія, напр., каторжнаго или тюремнаго, при отбытіи этого заключенія по различнымъ способамъ размѣщенія, напр., по одиночному и поразрядному, обозначение продолжительности присужденнаго срочнаго наказательнаго заключенія на случай отбытія его по одному способу и необозначение на случай отбытія по другому способу, 3) противорѣчіе уг.-суд. приговора съ самимъ собою или съ дѣйствительностью относительно наказуемости осужденнаго, напр., обозначение осужденнаго въ одной части приговора однимъ именемъ, а въ другой — другимъ, или обозначение осужденнаго въ приговорѣ именемъ, принадлежащимъ въ дѣйствительности другому лицу, 4) неправомѣрность уг.-суд. приговора въ нѣкоторыхъ важныхъ случаяхъ относительно наказуемости осужденнаго, а именно — присужденіе челоуѣка къ наказанію: а) не установленному дѣйствующимъ правомъ, или б) отмѣненному дѣйствующимъ правомъ, или в) подлежащему отмѣнѣ со стороны уг. суда въ отношеніи къ данному обвиняемому, въ данномъ случаѣ, по присутствію какого-нибудь обстоятельства, исключающаго, по дѣйствующему праву, присужденіе обвиняемыхъ къ наказанію за прест. дѣяніе, но упущеннаго уг. судомъ изъ виду, при постановленіи приговора, какъ напр., смерть обвиняемаго, или истечение уголовно-обвинительной давности, или отречение потерпѣвшаго отъ права на уг. преслѣдованіе за частное уг. правонарушеніе, или помилованіе, за исключеніемъ того случая, когда законъ возлагаетъ на судъ право или обязанность къ опредѣленію наказанія помилованнымъ лицамъ, или г) не соотвѣтствующему, съ точки зрѣнія дѣйствующаго права, правамъ состоянія, или полу, или возрасту осужденнаго, или д) выходящему, по своей строгости или мягкости, за предѣлы наказаній, предоставленныхъ дѣйствующимъ правомъ въ распоряженіе уг.-суда, при осужденіи за уг. правонарушеніе даннаго рода или вида, а, въ случаѣ совокупности прест. дѣяній, — за совокупность ихъ и, въ случаѣ соединенія прест. дѣяній, — за соединеніе ихъ, и 5) признанная дѣйствующимъ правомъ несовмѣстимость наказанія, присужденнаго данному лицу вошедшимъ въ законную силу, осудительнымъ уг.-суд. приговоромъ за одно прест. дѣяніе, съ наказаніемъ, присужденнымъ тому же лицу за другое или другія прест. дѣянія посредствомъ другого осудительнаго уг.-суд. приговора, также вступившаго въ законную силу.

Если осудительный уг.-суд. приговоръ, страдающій однимъ или нѣсколькими изъ этихъ недостатковъ, уже вступилъ въ законную силу, но еще не приведенъ въ исполненіе во всей полнотѣ и требуетъ исполненія; то этотъ приговоръ долженъ сохранить законную

силу относительно всѣхъ своихъ частей, свободныхъ отъ этихъ недостатковъ.

Что же касается до тѣхъ частей, которыя еще не приведены въ исполненіе во всей полнотѣ, но правомѣрнымъ образомъ заподозрѣны въ этихъ недостаткахъ; то эти части должны сохранять законную силу только временно и притомъ только съ приостановкой ея дѣйствія.

Эти части должны быть открыты для поправочнаго уг.-суд. производства.

Поправочный уг. судъ долженъ изслѣдовать эти части и въ своемъ дополнительномъ опредѣленіи къ пересматриваемому уг.-суд. приговору обязанъ указать, страдаютъ ли онѣ какимъ-нибудь изъ этихъ недостатковъ или нѣтъ, и если — нѣтъ, то долженъ признать за ними законную силу, а если — да, то долженъ отвергнуть ее и произвести надлежащее исправленіе.

Все, что дополнительное опредѣленіе поправочнаго уг. суда, не подлежащее пересмотру, признало въ изслѣдованныхъ частяхъ свободнымъ отъ этихъ недостатковъ, сохраняетъ законную силу.

Все, что признано въ этихъ частяхъ неправомѣрнымъ и исправлено этимъ опредѣленіемъ, теряетъ законную силу.

Напротивъ, пріобрѣтають ее тѣ исправленія, которыя сдѣланы этимъ дополнительнымъ опредѣленіемъ.

Характеризуя въ краткихъ словахъ дополнительное уг.-суд. производство, мы можемъ сказать, что оно представляетъ собой въ сущности поправочное уг.-суд. производство, при приведеніи осужденныхъ уг.-суд. приговоровъ въ исполненіе, уже вошедшихъ въ законную силу, но еще не приведенныхъ въ исполненіе во всей полнотѣ.

Уг.-суд. приговоръ, уже приведенный въ исполненіе во всей полнотѣ, не долженъ подлежать этому производству, такъ какъ оно не принесетъ и не можетъ принести на дѣлѣ никакой пользы.

Отъ дополнительнаго уг.-суд. производства переходимъ къ возобновительному.

Возобновительное уг.-суд. производство должно быть учреждено, въ видѣ исключенія, для тѣхъ случаевъ, гдѣ есть разумное вѣское основаніе признать, что уг.-суд. приговоръ (выше с. 175—183), уже вошедшій въ законную силу, можетъ содержать въ себѣ важную нетерпимую ошибку или злоупотребленіе въ рѣшеніи вопроса о виновности, а, слѣд., и вопроса о наказуемости подсудимаго.

Этихъ важныхъ нетерпимыхъ недостатковъ, исключающихъ основательность и правомѣрность уг.-суд. приговора, можетъ быть 4.

Предположеніе о возможности существованія какого-нибудь изъ этихъ недостатковъ въ уг.-суд. приговорѣ, подтвержденное вѣскимъ законнымъ доказательствомъ въ пользу основательности этого предположенія, и должно быть признано, со стороны закона, основаніемъ къ предпріятію возобновительнаго уг.-суд. производства по данному уг. дѣлу. А центромъ тяжести этого возобновительнаго производства служить изслѣдованіе и рѣшеніе вопроса поправочнымъ уг. судомъ о томъ, слѣдуетъ ли возобновить или, по болѣе точному выраженію,

вновь разобрать и рѣшить, по существу, такое уг. дѣло, которое уже рѣшено уг.-суд. приговоромъ, вступившимъ въ законную силу.

Этими важными нетерпимыми недостатками являются: 1) осужденіе невиннаго, 2) оправданіе виновнаго, 3) большое преувеличеніе виновности и наказуемости виновнаго, напр., осужденіе подсудимаго не за то уг. правонарушеніе, которое онъ учинилъ въ дѣйствительности, а за другое, принадлежащее къ болѣе тяжкому роду или виду, какъ напр., осужденіе неосторожнаго лишителя жизни не за неосторожное лишеніе жизни, а за умышленное, и 4) большое уменьшеніе виновности и наказуемости виновнаго, напр., осужденіе подсудимаго не за то прест. дѣяніе, которое имъ учинено на дѣлѣ, а за другое, относящееся къ менѣе тяжкому роду или виду, какъ напр., осужденіе убійцы не за умышленное убійство, а за неосторожное лишеніе жизни.

Страдая однимъ изъ этихъ 4 недостатковъ, уг.-суд. приговоръ, вступившій въ законную силу, составляетъ глубокое нарушеніе правового порядка и народ. благосостоянія.

Дорожа господствомъ права и народ. благосостояніемъ, культ. государство не можетъ сохранять законной силы за такимъ приговоромъ, кромѣ тѣхъ исключительныхъ случаевъ, гдѣ отнятіе законной силы у пріобрѣтшаго ее приговора и обращеніе дѣла къ новому разбирательству и рѣшенію принесло бы еще больше зла правовому порядку и народ. благосостоянію. Эти исключительные случаи имѣютъ мѣсто тамъ, гдѣ уг. правонарушеніе, дѣйствительно учиненное бывшимъ подсудимымъ, уже покрыто смертью, или помилованіемъ виновнаго, или прошеніемъ виновнаго, въ случаѣ частнаго уг. правонарушенія, потерпѣвшими, или даже тамъ, гдѣ допущеніе новаго разбирательства и рѣшенія было бы не только нарушеніемъ принципа непоколебимости уг.-суд. приговоровъ, вошедшихъ въ законную силу, но и слишкомъ сильнымъ, не заслуженнымъ стѣсненіемъ личности бывшаго подсудимаго.

Отсюда ясно, что, за изыятіемъ этихъ исключеній, культ. государство, въ видѣ исключенія, должно допускать отнятіе законной силы у пріобрѣтшихъ ее уг.-суд. приговоровъ, вызывающихъ законно обоснованное предположеніе о наличности въ нихъ какого-нибудь изъ этихъ 4 недостатковъ.

Что же касается прочихъ менѣе важныхъ недочетовъ въ основательности и правомѣрности, то присутствіе ихъ въ уг.-суд. приговорѣ, уже вступившемъ въ законную силу, не можетъ оправдать отнятія ея у этого приговора. Дѣло въ томъ, что отнятіе ея у этого приговора, нарушая принципъ непоколебимости уг.-суд. приговоровъ, повредитъ правовому порядку и народ. благосостоянію гораздо больше, чѣмъ вредитъ сохраненіе ея за этимъ приговоромъ, при его не особенно важныхъ недостаткахъ.

Полное отнятіе законной силы у пріобрѣтшаго ее уг.-суд. приговора есть актъ, требующій очень большой основательности и правомѣрности. А потому, этотъ актъ и долженъ быть производимъ не администраціей, а только правильно, соотвѣтственно устроеннымъ поправочнымъ уг. судомъ и притомъ долженъ быть производимъ не иначе, какъ на основаніи тщательнаго обстоятельнаго и правомѣрнаго

ислѣдованія и рѣшенія вопросовъ, дѣйствительно ли есть вѣское законное доказательство въ пользу предположенія, что уг.-суд. приговоръ, уже вступившій въ законную силу, страдаетъ однимъ изъ такихъ недостатковъ, которые требуютъ отнятія ея у этого приговора. Въ случаѣ отрицательнаго отвѣта, поправочный уг. судъ долженъ оставить этотъ приговоръ въ законной силѣ, а, въ случаѣ утвердительнаго, долженъ постановить опредѣленіе объ отмѣнѣ этого приговора и возобновленіи, т. е. новомъ разбирательствѣ и рѣшеніи, оконченнаго имъ уг. дѣла, по существу.

Такимъ образомъ, въ концѣ концовъ оказывается, что культ. государство, слѣдуя указаніямъ уголовно-судебной политики народнаго благосостоянія, должно учредить, въ видѣ исключенія, въ области общаго уг. правосудія два поправочныхъ уг.-суд. производства относительно уг.-суд. приговоровъ, вошедшихъ въ законную силу: дополнительное и возобновительное.

А такъ какъ ни одно уг.-суд. производство не осуществляется на дѣлѣ само собою, но неминуемо требуетъ соотвѣтствующихъ органовъ для своего осуществленія, а во главѣ ихъ — соотвѣтствующаго суда; то, культ. государству необходимо имѣть общіе уг. суды, предназначенные для пересмотра уг.-суд. приговоровъ, вступившихъ въ законную силу. А эти суды, соотвѣтственно разницѣ между дополнительнымъ и возобновительнымъ уг.-суд. производствомъ, должны раздѣляться на двѣ подгруппы: 1) на уг. суды, предназначенные для дополнительнаго исправленія осудительныхъ уг.-суд. приговоровъ, вошедшихъ въ законную силу, и 2) на уг. суды, предназначенные для рѣшенія вопроса о возобновленіи уг. дѣлъ, оконченныхъ уг.-суд. приговорами, вошедшими въ законную силу, или, короче сказать, на возобновительные уг. суды. Разсмотримъ эти суды, по порядку.

§ 77. 1. Общіе поправочные уголовные суды для дополнительнаго исправленія осудительныхъ уголовно-судебныхъ приговоровъ, вошедшихъ въ законную силу. Поправочное уг.-суд. производство, посвященное дополнительному исправленію осудительныхъ уг.-суд. приговоровъ, вступившихъ въ законную силу, но еще не исполненныхъ во всей полнотѣ и требующихъ исполненія, очень недостаточно разработано и культ. законодательствами, и суд. практикой, и литературой. Это производство не получило еще даже особаго названія, хотя и нуждается въ немъ, въ интересахъ краткости, ясности, точности и удобствъ изложенія. Я назову это уг.-суд. производство дополнительнымъ, такъ какъ сущность его сводится къ дополнительному исправленію осудительныхъ уг.-суд. приговоровъ.

Дополнительное уг.-суд. производство является сложной уг.-суд. дѣятельностью.

Ее производитъ поправочный уг. судъ или суды, съ участіемъ должностныхъ и частныхъ лицъ, относительно осудительныхъ уг.-суд. приговоровъ, уже вошедшихъ въ законную силу, но еще не приведенныхъ въ исполненіе во всей полнотѣ и требующихъ исполненія.

Эта дѣятельность состоитъ: 1) въ ислѣдованіи, страдаетъ ли

этотъ приговоръ важнымъ недостаткомъ относительно наказуемости осужденнаго лица, препятствующимъ приведенію этого приговора въ исполненіе, и 2) въ назначеніи законныхъ мѣръ къ поддержанію господства права.

Цѣлью этой дѣятельности служить обнаруженіе и исправленіе тѣхъ важныхъ недостатковъ, которые находятся въ осудительныхъ уг.-суд. приговорахъ, вступившихъ въ законную силу и подлежащихъ приведенію въ исполненіе, но еще не приведенныхъ въ исполненіе во всей полнотѣ, относятся къ юридической сторонѣ уг. дѣлъ и притомъ къ наказуемости осужденныхъ лицъ и препятствуютъ приведенію этихъ приговоровъ въ исполненіе.

Этихъ важныхъ недостатковъ, какъ уже извѣстно (выше с. 240), пять. Таковы: 1) неясность уг.-суд. приговора относительно наказуемости осужденнаго, 2) неполнота уг.-суд. приговора въ томъ же отношеніи, 3) противорѣчіе уг.-суд. приговора съ самимъ собою или съ дѣйствительностью относительно наказуемости осужденнаго, 4) неправомѣрность приговора въ нѣкоторыхъ важныхъ случаяхъ относительно наказуемости осужденнаго и 5) признанная дѣйствующимъ правомъ несовмѣстимость наказанія, присужденнаго данному лицу вошедшимъ въ законную силу, осудительнымъ уг.-суд. приговоромъ за одно прест. дѣяніе, съ наказаніемъ, присужденнымъ тому же лицу за другое или другія прест. дѣянія посредствомъ другого осудительнаго уг.-суд. приговора, также вступившаго въ законную силу.

Съ точки зрѣнія уг.-суд. политики народнаго благосостоянія, эти недостатки и должны быть признаны, со стороны закона, единственными законными поводами къ дополнительному исправленію уг.-суд. приговоровъ, вступившихъ въ законную силу.

Въ уг.-суд. законодательствахъ, предусматривающихъ дополнительное уг.-суд. производство, какъ напр., въ австрійскомъ, венгерскомъ, германскомъ, итальянскомъ и русскомъ, постановленія о законныхъ поводахъ къ дополнительному исправленію осудительныхъ уг.-суд. приговорахъ страдаютъ большою неполнотою.

Больше всѣхъ страдаетъ ею австрійское уг.-суд. законодательство (Уст. уг. суд. 410; 482 ч. 2), нѣсколько меньше русское (У. 23¹; 182/13 г.; 959 п. 4. — УП. I. 1; II. 1; 247) и еще нѣсколько меньше германское (У. 491; 492), венгерское (У. 505 ч. 2 и 4; 517—518) и итальянское (У. 557; 558; 562).

Наше уг.-суд. законодательство указываетъ съ точностью только 2 законныхъ повода къ дополнительному исправленію осудительнаго уг.-суд. приговора, вошедшаго въ законную силу и подлежащаго приведенію въ исполненіе.

Таковы: 1) необозначеніе законнаго замѣнительнаго наказанія въ уг.-суд. приговорѣ осужденному, если замѣна нормальнаго наказанія необходима, по закону [У. 23¹; 182/13 г.; 959 п. 4. — УП. I. 1; II. 1; 247], и 2) неправильная замѣна наказанія, слѣдующаго по общему уг. закону, наказаніемъ по военно-уголовному или военно-уголовно-морскому закону въ уг.-суд. приговорѣ общаго уг. суда, осудившемъ нижняго воинскаго или военно-морскаго чина за учиненіе

преступленія или проступка до зачисленія этого лица на военную или военно-морскую службу [У. 23¹. — УП. I. 1; II. 1].

Вмѣстѣ съ тѣмъ наше общее уг.-суд. законодательство прямо постановляетъ по отношенію къ окружнымъ судамъ и суд. палатамъ (У. 955), а косвенно — и по отношенію къ мир. судьямъ (У. 118), упраздняемымъ членамъ окружнаго суда (УП. I. 1; 30), упраздняемымъ городскимъ судьямъ, теряющимъ суд. власть земскимъ участковымъ начальникамъ и упраздняемымъ судебнымъ присутствіямъ уѣздныхъ сѣздовъ (УП. I. 1; II. 1), что „всѣ затрудненія или сомнѣнія, возникшія при исполненіи приговора“ „восходятъ на разрѣшеніе суда“ (У. 955).

Это неопредѣленное, но широкое постановленіе даетъ право компетентному уг. суду производить дополнительное исправленіе осудительнаго уг.-суд. приговора во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, гдѣ это исправленіе необходимо, въ интересахъ законности, для обезпеченія осужденному законнаго, исполнимаго наказанія и не противорѣчить предписаніямъ дѣйствующаго законодательства.

Нашъ сенатъ не высказываетъ вообще, въ какомъ духѣ слѣдуетъ толковать это постановленіе, но въ своихъ разъясненіяхъ этого постановленія по поводу отдѣльныхъ случаевъ идетъ въ только что указанномъ мною направленіи. Уг. кас. департаментъ проводитъ при этомъ ту мысль, „что въ случаѣ постановленія судебного приговора съ такимъ нарушеніемъ закона, которое дѣлаетъ юридически-невозможнымъ приведеніе его въ исполненіе, неправильность этого приговора, и при необжалованіи его сторонами въ установленный срокъ“ (ни въ апелляціонномъ, ни въ кас. порядкѣ), „можетъ быть исправлена въ порядкѣ, указанномъ 955 ст. у. у. с.“ (р. У. К. Д. 1880 г. № 17), т. е. въ порядкѣ дополнительнаго исправленія.

Дополнительное исправленіе вошедшихъ въ законную силу, осудительныхъ уг.-суд. приговоровъ допускается уг. кас. департаментомъ и общимъ собраніемъ I-го и кас.-хъ департаментовъ въ цѣломъ рядѣ случаевъ, безъ поводовъ къ исправленію, перечисленныхъ закономъ.

Въ этихъ случаяхъ мы имѣемъ передъ собой: 1) необозначеніе въ уг.-суд. приговорѣ, что присужденный къ лишенію всѣхъ особенныхъ правъ и преимуществъ подлежитъ лишенію и наличныхъ знаковъ отличія [р. О. С. I-го и кас.-хъ деп.-овъ. 1885 г. № 3], 2) неправильное обозначеніе имени осужденнаго лица въ уг.-суд. приговорѣ, если это произошло, хотя бы и вслѣдствіе ложныхъ показаній этого лица [р. У. К. Д. 1871 г. № 1824; 1872 г. №№ 648 и 880], но безъ представленія имъ чужого или подложнаго документа, такъ какъ приговоръ, постановленный на основаніи подлога, подкупа или иного преступленія [У. 23; 118; 180; 935], подлежитъ отмѣнѣ, а рѣшенное имъ дѣло возобновленію [р. У. К. Д. 1869 г. № 836; 1872 г. № 1302; 1873 г. № 665], 3) присужденіе человѣка къ наказанію, не соотвѣтствующему, съ точки зрѣнія дѣйствующаго закона, правамъ состоянія этого лица, а въ частности — присужденіе наказанія, узаконеннаго для лица, изъятыхъ отъ тѣлеснаго наказанія, лицу, изъятому отъ тѣлеснаго наказанія [р. У. К. Д. 1880 г. № 17], 4) присужденіе человѣка, подлежащаго наказанію, по закону, за совокупность нѣсколькихъ прест.

дѣяній, къ наказанію за каждое изъ этихъ прест. дѣяній въ отдѣльности, безъ соблюденія правилъ закона о назначеніи наказанія по совокупности [р. У. К. Д. 1869 г. № 121], и 5) законная необходимость соединить присужденное лицу наказаніе съ наказаніемъ за послѣдующій прест. побѣгъ этого лица изъ заключенія [р. У. К. Д. 1871 г. № 1725; 1872 г. № 383; 1883 г. № 1. — Р. О. С. I-го и кас-хъ деп-въ, 1881 г. № 16].

Петербургская же судебная палата производитъ дополнительное исправленіе своихъ вошедшихъ въ законную силу, осудительныхъ уг.-суд. приговоровъ и въ томъ случаѣ, когда они постановлены ею, съ упущеніемъ истечения уголовно-обвинительной давности изъ виду (Право. 1913. № 27. Хрон. с. 1668—1669).

Обращаясь къ вопросу о томъ, какія юридическія послѣдствія, съ точки зрѣнія уг.-суд. политики народ. благосостоянія, должно влечь за собою присутствіе какого-нибудь изъ вышеуказанныхъ важныхъ недостатковъ въ опредѣленіи наказуемости осужденнаго лица въ осудительномъ уг.-суд. приговорѣ, подлежащемъ приведенію въ исполненіе, мы должны припомнить сказанное нами выше въ этомъ отношеніи (с. 241).

Познакомившись съ понятіемъ о дополнительномъ уг.-суд. производствѣ, опредѣлимъ понятіе объ общихъ уг. судахъ, предназначенныхъ для этого производства.

Общими уг. судами дополнительнаго уг.-суд. производства можно назвать тѣ общіе уг. суды, которые, въ случаѣ жалобъ со стороны осужденныхъ, въ случаѣ представленій и сообщеній со стороны начальства осужденныхъ или со стороны органовъ исполненія уг.-суд. приговоровъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ и по собственному усмотрѣнію, при руководствѣ исполненіемъ этихъ приговоровъ, уполномочены провѣрять и, по мѣрѣ надобности, исправлять ошибки, злоупотребленія и юридическія несообразности относительно наказуемости осужденныхъ лицъ, находящіяся въ осудительныхъ уг.-суд. приговорахъ, вошедшихъ въ законную силу и требующихъ исполненія, препятствующія приведенію этихъ приговоровъ въ исполненіе, сдѣланныя самими этими или другими уг. судами.

Какимъ общимъ уг. судамъ должно быть ввѣрено дополнительное уг.-суд. производство въ культ. государствѣ, съ точки зрѣнія уг.-суд. политики народ. благосостоянія, это — вопросъ не трудный, хотя и довольно сложный.

Рѣшеніе этого вопроса можно выразить въ 5 правилахъ.

1. Дополнительное исправленіе осудительнаго уг.-суд. приговора, вошедшаго въ законную силу, должно быть ввѣрено только уг. судамъ, состоящимъ изъ профессиональныхъ судей, безъ всякаго участія народныхъ судей. Это исправленіе требуетъ основательнаго знанія постановленій дѣйствующаго уг. и уг.-суд. права, а вмѣстѣ съ тѣмъ и опытности въ примѣненіи этихъ постановленій къ дѣлу. Эти знанія и опытность есть у профессиональныхъ судей, но не у народныхъ.

2. Если челоѣкъ осужденъ только однимъ уг.-суд. приговоромъ общаго уг. суда, и этотъ приговоръ подлежитъ дополнительному

уг.-суд. рассмотрѣнію только въ первый разъ ; то къ дополнительному исправленію этого приговора долженъ быть привлеченъ въ единоличномъ или коллегіальномъ профессиональномъ составѣ, по принадлежности, безъ всякихъ народныхъ судей, тотъ общій уг. судъ, которымъ постановленъ этотъ приговоръ. Напр., приговоръ, постановленный единоличнымъ профессиональнымъ судьей, на основаніи вердикта коллегіи присяжныхъ, подлежитъ дополнительному исправленію со стороны единоличнаго профессиональнаго судьи того же суда. Приговоръ, постановленный коллегіей профессиональныхъ судей, на основаніи вердикта коллегіи присяжныхъ, идетъ на дополнительное исправленіе въ коллегію профессиональныхъ судей этого суда.

3. Если челоѣкъ осужденъ нѣсколькими уг.-суд. приговорами одного и того же общаго уг. суда, и эти приговоры подлежатъ дополнительному уг.-суд. рассмотрѣнію въ первый разъ ; то дополнительнымъ исправленіемъ этихъ приговоровъ долженъ быть обложенъ этотъ судъ въ его единоличномъ или коллегіальномъ профессиональномъ составѣ, безъ участія народныхъ судей.

4. Если челоѣкъ осужденъ нѣсколькими уг.-суд. приговорами различныхъ общихъ уг. судовъ, и эти приговоры подлежатъ дополнительному пересмотру въ первый разъ ; въ такомъ случаѣ дополнительное исправленіе должно быть вѣрено одному изъ этихъ судовъ, съ соблюденіемъ правилъ преимущества.

Преимущество долженъ имѣть: а) въ случаѣ неравенства осудившихъ уг. судовъ между собою по предметной подсудности, т. е. по роду подсудныхъ дѣлъ, или по инстанціи, — судъ, болѣе высокій по предметной подсудности, а, при равенствѣ ея, судъ, болѣе высокій по инстанціи, и б) въ случаѣ равенства осудившихъ уг. судовъ по предметной подсудности и по инстанціи, — судъ, присудившій наказаніе болѣе тяжкаго рода, а, при однородности присужденнаго наказания, — судъ, присудившій его въ болѣе широкомъ размѣрѣ, и, наконецъ, при равенствѣ присужденныхъ наказаній по роду и по размѣру, — судъ, присудившій наказаніе позднѣе другихъ судовъ.

5. Если надъ уг. судомъ, постановившимъ дополнительное опредѣленіе объ исправленіи уг.-суд. приговора, вступившаго въ законную силу, есть іерархически высшій уг. судъ ; то на этотъ приговоръ вмѣстѣ съ относящимся къ нему дополнительнымъ опредѣленіемъ должно быть допущено дополнительное обжалованіе этому іерархически высшему уг. суду.

Іерархически высшій уг. судъ долженъ произвести дополнительное разбирательство относительно этого приговора и дополнительнаго опредѣленія и постановить свое дополнительное опредѣленіе объ исправленіи этого приговора.

Это вторичное дополнительное опредѣленіе уже не должно допускать никакого обжалованія, иначе отправленіе уг. правосудія потерпитъ слишкомъ много вреда отъ излишней волокиты уг. дѣла по судамъ и медленности производства.

Отношеніе современныхъ культ. государствъ къ дополнительному уг.-суд. производству далеко не одинаково.

Они раздѣляются на 3 группы.

Государства I-й группы, какъ напр., Франція, совершенно не предусматриваютъ въ своихъ законахъ никакого дополнительнаго уг.-суд. исправленія уг.-суд. приговоровъ, вступившихъ въ законную силу. А такъ какъ и въ этихъ государствахъ встрѣчается необходимость въ дополнительномъ исправленіи этихъ приговоровъ; то оно и производится безъ всякой системы: частью путемъ помилованія, частью путемъ распоряженій администраціи, частью путемъ уг.-суд. дѣятельности уг. судовъ, не установленной и не предусмотрѣнной закономъ (Garraud — Précis de droit criminel. 8 éd. p. 970; 991).

Государства II-й группы, какъ напр., Англія, предусматриваютъ въ своемъ законодательствѣ нѣкоторые случаи необходимости дополнительнаго исправленія уг.-суд. приговоровъ, вступившихъ въ законную силу, но не видятъ въ этомъ исправленіи такой дѣятельности, которая, по самой своей природѣ, должна принадлежать уг. суду и входить въ отправленіе уг. правосудія, а предоставляютъ дополнительное исправленіе этихъ приговоровъ: то уг. суду, въ случаѣ предложенія ему этого высшей администраціей, взамѣнъ помилованія, по полученіи ею просьбы о помилованіи, то уг. суду, приводящему приговоръ въ исполненіе, то администраціи, приводящей приговоръ въ исполненіе.

Такъ, въ Англіи, по закону 28 авг. 1907 г. (ст. 19), гос. секретарь по внутреннимъ дѣламъ, т. е. должностное лицо, облеченное правами и обязанностями министра внутреннихъ дѣлъ и министра юстиціи, имѣетъ право передать на пересмотръ и перерѣшеніе апелляціоннаго уг. суда всякій уг.-суд. приговоръ, присудившій человѣка, на основаніи обвинительнаго вердикта присяжныхъ, къ какому бы то ни было наказанію, за исключеніемъ смертной казни, если этотъ приговоръ вызвалъ просьбу о помилованіи.

Наконецъ, государства III-й группы, какъ напр., Австрія, Венгрія, Германія, Италія и Россія, не только предусматриваютъ въ своемъ законодательствѣ дополнительное исправленіе осудительныхъ уг.-суд. приговоровъ, вошедшихъ въ законную силу, но и смотрятъ на это исправленіе, какъ на функцію уг. суда и учреждаютъ дополнительное уг.-суд. производство, а вмѣстѣ съ тѣмъ болѣе или менѣе опредѣляютъ и тѣ общіе уг. суды, которымъ ввѣрена эта функція.

Однако, постановленія этихъ законодательствъ объ этихъ судахъ очень разнообразны и большею частью недостаточно полны.

Законодательство Германской Имперіи посвящаетъ общимъ уг. судамъ дополнительнаго уг.-суд. производства такія постановленія, которыя болѣе полны по содержанію, чѣмъ постановленія другихъ государствъ. Однако, и эти постановленія далеко не вполне удовлетворительны.

Главный ихъ недостатокъ въ области судоустройства состоитъ въ томъ, что дополнительное исправленіе осудительнаго уг.-суд. приговора, хотя бы постановленнаго общимъ уг. судомъ высшей инстанціи, обязательно производитъ прежде всего общій уг. судъ I-й инстанціи, компетентный къ первоначальному разбирательству даннаго уг. дѣла, съ народ. судьями или безъ народ. судей, по существу, но только

засѣдающій, при этомъ исправленіи, въ своемъ единоличномъ или коллегіальномъ трехчленномъ профессиональномъ составѣ, безъ народ. судей (Уст. уг. суд. Герм. Имперіи. 494). Такимъ образомъ, дополнительное исправленіе осудительнаго уг.-суд. приговора въ уг. дѣлѣ, подсудномъ въ I-й инстанціи участковому судѣ или суду шѣффеновъ, производить прежде всего единоличный участковый судья, а въ уг. дѣлѣ, подсудномъ въ I-й инстанціи уголовному отдѣленію земскаго суда или суду присяжныхъ, — трехчленная коллегія уголовного отдѣленія земскаго суда.

Это отступленіе отъ іерархическаго принципа, т. е. отъ общаго правила о первенствующемъ положеніи высшаго органа передъ нисшимъ, хотя и ускоряетъ дополнительное исправленіе осудительныхъ уг.-суд. приговоровъ, но противорѣчитъ правильному взаимному отношенію уг. судовъ и правильному обезпеченію правомѣрности уг. правосудія. Уг. судъ I-й инстанціи обставленъ гарантіями правомѣрности уг. правосудія менѣе, чѣмъ уг. судъ высшей инстанціи.

Если ходатай о дополнительномъ исправленіи осудительнаго уг.-суд. приговора не доволенъ первымъ дополнительнымъ опредѣленіемъ общаго уг. суда, т. е. участковаго судьи или уг. отдѣленія земскаго суда; то онъ имѣетъ право обратиться къ общему уг. суду соотвѣтствующей, іерархически высшей инстанціи, т. е. къ уг. отдѣленію земскаго суда или верхнему земскому суду, по принадлежности, и обжаловать это дополнительное опредѣленіе. А этотъ судъ, признавъ это обжалованіе основательнымъ, обязанъ точно постановить соотвѣтствующее дѣлу, рѣшающее опредѣленіе (Герм. уст. уг. суд. 351). Опредѣленіе этого суда высшей инстанціи пересмотру не подлежитъ.

Къ постановленіямъ германскаго устава уг. суд. близки постановленія венгерскаго. По венгерскому уставу уг. суд. (505 ч. 2 и 4; 517—518; 547), дополнительное исправленіе осудительнаго уг.-суд. приговора въ уг. дѣлѣ, подсудномъ участковому судѣ, или коллегіальному суду I-й инстанціи, или суду присяжныхъ, принадлежитъ прежде всего участковому судѣ, или коллегіальному суду I-й инстанціи, или коронной коллегіи профессиональныхъ коронныхъ судей суда присяжныхъ, по подвѣдомственности. А былъ ли этотъ осудительный приговоръ постановленъ или измѣненъ до вступленія его въ законную силу уг. судомъ высшей инстанціи, это — безразлично.

Дополнительныя опредѣленія этихъ уг. судовъ допускаютъ обжалованіе и могутъ быть отмѣнены и замѣнены опредѣленіями общихъ уг. судовъ болѣе высокой инстанціи, а именно: дополнительное опредѣленіе участковаго судьи — опредѣленіемъ коллегіальнаго суда I-й инстанціи или иногда опредѣленіемъ королевской куріи, а дополнительное опредѣленіе коллегіальнаго суда I-й инстанціи и дополнительное опредѣленіе коллегіи профессиональныхъ судей суда присяжныхъ — иногда опредѣленіемъ суд. палаты, а иногда опредѣленіемъ королевской куріи.

Опредѣленія, постановленныя этими общими уг. судами болѣе высокой инстанціи, по жалобамъ на дополнительные опредѣленія общихъ уг. судовъ болѣе низкой инстанціи, никакому пересмотру не подлежатъ.

По австрійскому уставу уг. суд. (410), право дополнительнаго исправленія уг.-суд. приговоровъ, вошедшихъ въ законную силу, принадлежить кас. суду и коллегіальнымъ уг. судамъ II-й инстанціи, соотвѣтствующимъ нашей суд. палатѣ. Кас. судъ производитъ дополнительное исправленіе осудительныхъ уг.-суд. приговоровъ въ тѣхъ случаяхъ, когда наказаніе въ этихъ приговорахъ было присуждено, въ видѣ исключенія, самимъ кас. судомъ. Коллегіальный же судъ II-й инстанціи занимается дополнительнымъ исправленіемъ осудительныхъ уг.-суд. приговоровъ, постановленныхъ всѣми прочими общими уг. судами I-й, повторительной и апелляціонной инстанціи.

Если австрійскіе уг. суды II-й инстанціи справляются съ этой задачей; то — только потому, что австрійскій уставъ уг. судопроизводства слишкомъ скупо опредѣляетъ законные поводы къ дополнительному исправленію осудительныхъ уг.-суд. приговоровъ. При правильномъ же опредѣленіи законныхъ поводовъ, согласно требованіямъ уг.-суд. политики народ. благосостоянія, эта задача окажется для этихъ судовъ слишкомъ обременительной по количеству дѣлъ.

По итальянскому уставу уг. суд., по общему правилу (558), всѣ вопросы, относящіеся къ приведенію уг.-суд. приговора въ исполненіе, подлежатъ рѣшенію того уг. суда, которымъ постановленъ этотъ приговоръ.

Изъ этого общаго правила сдѣлано два исключенія.

1-е исключеніе. Если нужно привести въ исполненіе уг.-суд. приговоръ, постановленный судомъ присяжныхъ; то всѣ вопросы, относящіеся къ приведенію этого приговора въ исполненіе, рѣшаются уг. отдѣленіемъ апелляціоннаго суда (558 въ связи съ 557).

2-е исключеніе. Если одно и то же лицо присуждено къ нѣсколькимъ наказаніямъ за нѣсколько прест. дѣяній нѣсколькими уг.-суд. приговорами различныхъ уг. судовъ; въ такомъ случаѣ рѣшеніе вопроса объ устраненіи несовмѣстимости наказаній, съ соблюденіемъ правилъ закона о стеченіи наказаній, принадлежить апелляціонному суду того округа, въ которомъ былъ постановленъ послѣдній осудительный приговоръ (562).

У насъ, въ области общаго уг. судопроизводства, дополнительное исправленіе осудительнаго уг.-суд. приговора, вошедшаго въ законную силу, принадлежить, по закону, тому общему уг. суду, которымъ постановленъ этотъ приговоръ (У. 23¹; 955. — УП. I. 1; 30; II. 1). Является ли этотъ судъ судомъ I-й инстанціи, или повторительной, или апелляціонной, это — безразлично. Только, вмѣсто окружнаго суда съ присяжными, дѣйствуетъ трехчленная коллегія коронныхъ судей окружнаго суда, безъ присяжныхъ (У. 23¹; 955 въ связи съ 801/12, 804, 816, 826, 595 и Уч. 7).

Наше уг.-суд. законодательство не опредѣляетъ специальнымъ постановленіемъ, какому изъ нѣсколькихъ уг. судовъ слѣдуетъ производить дополнительное исправленіе нѣсколькихъ уг.-суд. приговоровъ, осуждающихъ одно и то же лицо, въ тѣхъ случаяхъ, когда, по уг. закону, необходимо произвести узаконенное сочетаніе присужденныхъ наказаній, по правиламъ о наказаніи за совокупность прест. дѣяній

(Ул. 152/12, съ прим. 1 и 2—5/12. — Уст. о нак. 16/12, съ прим. 1 и 2—5/12. — Уг. ул. 60—75) или по правиламъ о соединеніи наказаній за прест. дѣянія, не составляющія, по уг. закону, никакой совокупности преступленій и проступковъ (Ул. 133/12, съ прим. 1—3/12. — Уст. о нак. 14²/12. — Уг. ул. 66). Сенатъ также не высказывается въ этомъ отношеніи. За отсутствіемъ специальныхъ законодательныхъ постановленій, этотъ вопросъ долженъ быть рѣшенъ примѣнительно къ общимъ постановленіямъ нашего уг.-суд. законодательства о подсудности нѣсколькихъ прест. дѣяній одного и того же лица.

Сущность этихъ общихъ правилъ можно выразить 5 правилами и однимъ исключеніемъ.

1-е правило. Если однимъ и тѣмъ же лицомъ учинено нѣсколько прест. дѣяній въ разныхъ участкахъ, принадлежащихъ различнымъ мир. судьямъ; то приговоръ по совокупности прест. дѣяній постановляется тѣмъ мир. судьей, которымъ постановленъ позднѣйшій уг.-суд. приговоръ (У. 36/13 г.).

Это правило распространяется и на упраздняемыхъ уѣздныхъ членовъ окружнаго суда (УП. I. 30).

2-е правило. Если одно и то же лицо учинило нѣсколько прест. дѣяній разной важности въ разныхъ суд. округахъ, принадлежащихъ не мир. судьямъ и не уѣзднымъ членамъ окружнаго суда, но другимъ одинаковымъ уг. судамъ I-й инстанціи (У. 211. — УП. I. 1; II. 1), каковы, напр., окружные суды, или, по крайней мѣрѣ, равнымъ по компетентности, какъ городской судья и земскій участковый начальникъ (УП. II. 164); то всѣ дѣла объ этихъ прест. дѣяніяхъ производятся тѣмъ уг. судомъ I-й инстанціи, въ округѣ котораго учинено этимъ лицомъ важнѣйшее изъ этихъ дѣяній.

3-е правило. Если всѣ прест. дѣянія, учиненныя однимъ и тѣмъ же лицомъ, одинаковы по важности, а подсудны только окружнымъ судамъ (У. 211); то всѣ дѣла объ этихъ прест. дѣяніяхъ судятся тѣмъ уг. судомъ I-й инстанціи, который ближе къ мѣсту задержанія преступника.

4-е правило. Если всѣ прест. дѣянія одного и того же лица одинаково важны, а подсудны только городскимъ судьямъ и земскимъ начальникамъ; то всѣ дѣла объ этихъ прест. дѣяніяхъ судятся тѣмъ уг. судомъ I-й инстанціи, въ участкѣ котораго раньше всѣхъ обнаружено какое-нибудь изъ этихъ прест. дѣяній (УП. II. 164).

5-е правило. Если изъ нѣсколькихъ прест. дѣяній одного и того же лица одни подсудны высшему общему уг. суду, а другія — нисшему; то всѣ эти дѣла, за однимъ исключеніемъ, подлежатъ разбирательству высшаго суда (У. 205; 205². — УП. I. 1; 30; II. 166).

Исключеніе. Если одинъ и тотъ же подсудимый участвовалъ въ нѣсколькихъ учиненныхъ различными лицами преступныхъ дѣяніяхъ, одни изъ которыхъ подсудны городскому судѣ или земскому участковому начальнику, а другія — мир. судѣ, или уѣздному члену окружнаго суда, или окружному суду; то каждый изъ этихъ уг. судовъ I-й инстанціи отдѣльно судить подсудное ему дѣяніе и постановляетъ свой приговоръ, а затѣмъ общій приговоръ по совокупности всѣхъ

этихъ прест. дѣяній постановляется высшимъ изъ этихъ уг. судовъ, постановившихъ отдѣльные приговоры (У. 205². — УП. I. 1; 30; II. 166).

Уг. судъ, имѣющій болѣе важную подсудность по роду уг. дѣлъ и болѣе высокую степень власти, признается высшимъ относительно уг. суда, обладающаго менѣе важной предметной подсудностью и менѣе степенью власти, хотя бы между этими уг. судами и не существовало іерархической подчиненности. Такъ, сенатъ выше суд. палаты, суд. палата выше окружнаго суда, окружный судъ выше уѣзднаго члена окружнаго суда и мир. судей, уѣздные члены окружнаго суда и мир. судьи выше городскаго судьи и земскаго участковаго начальника, а городской судья и земскій участковый начальникъ выше волостного суда.

Что касается до обжалованія дополнительныхъ опредѣленій, постановленныхъ уг. судами относительно исправленія осудительныхъ уг.-суд. приговоровъ, вошедшихъ въ законную силу и требующихъ исполненія, то въ нашемъ уг.-суд. законодательствѣ нѣтъ въ этомъ отношеніи прямыхъ постановленій.

Изъ совокупности постановленій нашего уг.-суд. законодательства о дополнительномъ уг.-суд. производствѣ (У. 23¹; 182/13 г.; 955; 959 п. 4. — УП. I. 1; II. 1; 247) совершенно ясно, гдѣ кончается, по нашему закону, это производство.

Какъ только уг. судъ I-й, или повторительной, или апелляціонной инстанціи, по принадлежности, постановилъ свое первичное дополнительное опредѣленіе объ исправленіи осудительнаго уг.-суд. приговора, вошедшаго въ законную силу, требующаго исполненія, и довелъ это опредѣленіе до свѣдѣнія надлежащихъ лицъ и учреждений; тотчасъ для стадіи дополнительнаго уг.-суд. производства по данному дѣлу насталъ конецъ.

Въ нашемъ уг.-суд. законодательствѣ не учреждено особаго дополнительнаго уг.-суд. производства: ни для обжалованія первичныхъ дополнительныхъ опредѣленій, ни для пересмотра и перерѣшенія ихъ, съ исправленіемъ относящихся къ нимъ осудительныхъ уг.-суд. приговоровъ.

Однако, отсюда еще нельзя заключить, что наше уг.-суд. законодательство совершенно не допускаетъ никакихъ мѣръ: ни къ опроверженію состоявшихся первичныхъ дополнительныхъ опредѣленій, ни къ исправленію относящихся къ нимъ осудительныхъ уг.-суд. приговоровъ. Напротивъ, наше законодательство открываетъ къ этому путь, но — только окольный.

Такъ, первичныя дополнительные опредѣленія могутъ быть обжалуемы, по нашему закону, но — только въ порядкѣ частнаго обжалованія. Доказательствомъ служатъ постановленія нашего уг.-суд. законодательства, допускающія подачу „частныхъ жалобъ“ „на неправильное исполненіе приговоровъ“ (У. 152/13 г.; 894. — УП. II. 222).

Въ случаѣ частнаго обжалованія, первичное дополнительное опредѣленіе уг. суда объ исправленіи осудительнаго уг.-суд. приговора, постановленнаго этимъ судомъ, въ качествѣ I-й, или повторительной, или апелляціонной инстанціи, разсматривается надлежащимъ

общимъ поправочнымъ уг. судомъ частнаго обжалованія, а именно — мировымъ съѣздомъ, окружнымъ судомъ, судебной палатой, уг. кас. департаментомъ правит. сената, упраздняемымъ судебнымъ отдѣленіемъ уѣзднаго съѣзда или теряющимъ уг.-судебную и гражд.-судебную власть губернскимъ присутствіемъ, по принадлежности (У. 152/13 г.; 154/13 г.; 118; 894; 899; 903 въ связи съ 894; 900—902; 1264; 1379/12; 1415/12; 1453/12. — УП. I. 30; II. 222 въ связи съ 240—241).

Такъ, мир. съѣздъ является общимъ поправочнымъ уг. судомъ частнаго обжалованія относительно тѣхъ первичныхъ дополнительныхъ опредѣленій, которыя постановлены мир. судьями по поводу осудительныхъ уг.-суд. приговоровъ, вынесенныхъ этими судьями, въ качествѣ единоличныхъ уг. судовъ I-й инстанціи (У. 152/13 г.; 154/13 г.; 181) или въ качествѣ единоличныхъ уг. судовъ повторительной инстанціи (У. 133/13 г.; 139¹/13 г.; 152/13 г.; 154/13 г.; 181).

Окружный судъ выступаетъ общимъ поправочнымъ уг. судомъ частнаго обжалованія относительно тѣхъ первичныхъ дополнительныхъ опредѣленій, которыя постановлены: а) мир. судьями и закавказскими помощниками мировыхъ судей по поводу осудительныхъ уг. суд. приговоровъ, вынесенныхъ этими судебными органами, въ качествѣ единоличныхъ уг. судовъ I-й инстанціи [У. 152/13 г.; 154/13 г.; 181] или въ качествѣ единоличныхъ уг. судовъ повторительной инстанціи [У. 133/13 г.; 139¹/13 г.; 152/13 г.; 154/13 г.; 181]: въ архангельской губерніи [Уч. 612/12. — У. 1379/12], въ черноморской губерніи [Уч. 461⁵/12], въ Закавказьѣ [мир. судьи и ихъ помощники: Уч. 446/12; 450/12; 451/12. — У. 1264] и въ округахъ иркутской, омской и ташкентской судебныхъ палатъ [Уч. 635/12; 659/12. — У. 1415/12; 1453/12] и б) упраздняемыми уѣздными членами окружныхъ судовъ по поводу осудительныхъ уг.-суд. приговоровъ, вынесенныхъ этими членами, въ качествѣ единоличныхъ уг. судовъ I-й или повторительной инстанціи [УП. I. 30 въ связи съ У. 133/13 г., 139¹/13 г., 152/13 г., 154/13 г. и 181].

Суд. палата служитъ общимъ поправочнымъ уг. судомъ частнаго обжалованія относительно тѣхъ первичныхъ дополнительныхъ опредѣленій, которыя постановлены окружными судами по поводу осудительныхъ уг.-суд. приговоровъ, вынесенныхъ этими судами: или а) въ качествѣ уг. судовъ I-й инстанціи съ присяжными или безъ присяжныхъ [У. 894—902; 941], или б) въ качествѣ уг. судовъ повторительной инстанціи [У. 834¹; 834⁵/13 г.; 894—902; 941], или в) въ качествѣ уг. судовъ апелляціонной инстанціи, дѣйствующихъ, вмѣсто мир. съѣздовъ, на территоріи нѣкоторыхъ суд. палатъ, а именно — новочеркасской [только екатеринодарскій окружный судъ], тифлисской, иркутской, омской и ташкентской [Уч. 430/12, 432/12, 461⁵/12, 635/12, 659/12, если взять эти статьи въ связи со статьями Уст. уг. суд.: 152/13 г., 168/13 г., 181, 894, 899, 902, 941, 1267/12, 1285¹/12, 1421/12 и 1459/12].

Уг. кас. департаментъ правит. сената является общимъ поправочнымъ уг. судомъ частнаго обжалованія относительно тѣхъ первичныхъ дополнительныхъ опредѣленій, которыя постановлен.: а) мир.

съѣздами по поводу осудительныхъ уг.-суд. приговоровъ, вынесенныхъ этими съѣздами, въ качествѣ уг. судовъ апелляціонной инстанціи [У. 152/13 г., 168/13 г. и 181 въ связи съ 118, съ 894, съ 899, съ 903 и 941], б) архангельскимъ окружнымъ судомъ по поводу осудительныхъ уг.-суд. приговоровъ, вынесенныхъ этимъ судомъ, вмѣсто мир. съѣзда, въ качествѣ апелляціонной инстанціи [Уч. 612/12 и У. 1383/12 въ связи со статьями У. 152/13 г., 168/13 г., 181, 118, 894, 899, 903, 941 и 1383/12], в) окружными судами по поводу осудительныхъ уг.-суд. приговоровъ, вынесенныхъ этими судами, въ качествѣ уг. судовъ апелляціонной инстанціи, вмѣсто мир. съѣздовъ, по уг. дѣламъ уѣздныхъ членовъ окружнаго суда [УП. I. 30 въ связи съ У. 152/13 г., 168/13 г., 181, 118, 894, 899, 903 и 941], и г) судебными палатами по поводу осудительныхъ уг.-суд. приговоровъ, вынесенныхъ этими палатами, въ качествѣ уг. судовъ апелляціонной инстанціи [У. 853; 854; 894; 899; 903; 941; 1256/12; 1271; 1309; 1319; 1338; 1399¹/12; 1406¹/12; 1423/12; 1440/12; 1461/12; 1479/12; прим., по Прод. 12 г. къ ст. 1485¹/12 въ связи съ 1423/12 и 1440/12].

Упраздняемое судебное присутствіе уѣзднаго съѣзда (выше с. 197. № 3) выступаетъ общимъ поправочнымъ уг. судомъ относительно тѣхъ первичныхъ дополнительныхъ опредѣленій, которыя постановлены упраздняемыми городскими судьями или теряющими судебную власть земскими участковыми начальниками (УП. II. 222 въ связи съ 115) по поводу осудительныхъ уг.-суд. приговоровъ, вынесенныхъ этими судебными органами, въ качествѣ единоличныхъ уг. судовъ I-й инстанціи (УП. II. 218; 222; 244) или въ качествѣ единоличныхъ уг. судовъ повторительной инстанціи (УП. II. 210; 213; 214; 222; 244).

Наконецъ, теряющее уг.-судебную и гражданско-судебную власть губернское присутствіе является общимъ поправочнымъ уг. судомъ частнаго обжалованія относительно тѣхъ первичныхъ дополнительныхъ опредѣленій, которыя постановлены упраздняемымъ судебнымъ присутствіемъ уѣзднаго съѣзда (выше с. 197. № 3) по поводу осудительныхъ уг.-суд. приговоровъ, вынесенныхъ этимъ отдѣленіемъ, въ качествѣ уг. суда апелляціонной инстанціи по уг. дѣламъ упраздняемыхъ городскихъ судей и теряющихъ суд. власть, земскихъ участковыхъ начальниковъ (УП. II. 222, 231 и 235 въ связи съ 115 и съ 240—241).

Разсмотрѣвъ обжалованное первичное дополнительное опредѣленіе, оспариваемое въ порядкѣ частнаго обжалованія, надлежащій поправочный уг. судъ частнаго обжалованія, а именно — уг. кас. департаментъ правит. сената (У. 894; 899; 903), или суд. палата (У. 894; 900—903), или окружный судъ (У. 152/13 г.; 154/13 г.; 118; 894; 900—903. — УП. I. 30. — Выше с. 253), или мировой съѣздъ (У. 152/13 г.; 154/13 г.), или судебное присутствіе уѣзднаго съѣзда (УП. II. 222), или губернское присутствіе (УП. II. 222 въ связи съ У. 900—903), постановляетъ свое рѣшеніе въ формѣ частнаго „опредѣленія“ (У. 902; 903).

На это частное опредѣленіе не установлено закономъ никакого обжалованія.

Вотъ — дѣйствительный смыслъ постановленій нашего уг.-суд. законодательства объ обжалованіи первичныхъ дополнительныхъ опредѣленій, постановленныхъ уг. судами относительно дополнительнаго исправленія вошедшихъ въ законную силу, осудительныхъ уг.-суд. приговоровъ, если толковать эти постановленія съ постояннымъ соблюденіемъ обязательныхъ правилъ устава уг. суд. о толкованіи законовъ судами (У. 12. — Выше с. 63—65).

Уг. же кас. департаментъ правит, сената въ вопросѣ объ этомъ обжалованіи гораздо чаще нарушаетъ (к. р. 1868 г. № 441; 1869 г. № 453; 1871 г. №№ 633 и 697; 1874 г. № 625; 1878 г. № 61), чѣмъ соблюдаетъ (к. р. 1876 г. № 325) эти правила и доходить иногда до того, что, за неимѣніемъ дѣйствительной опоры для своего толкованія въ законѣ, строить это толкованіе на голословномъ: „само собою разумѣется“ (к. р. 1868 г. № 441; 1878 г. № 61).

Такъ, нашъ уставъ уг. суд. прямо говоритъ, что „жалобы и протесты въ порядкѣ кассационномъ допускаются только противъ окончательныхъ приговоровъ“ (У. 905), не вошедшихъ въ законную силу (У. 173; 181; 855; 905; 941. — См. выше с. 175—183). Уг. же кас. департаментъ, вопреки этому прямому и ясному постановленію закона и обязательнымъ узаконеннымъ правиламъ толкованія законовъ (У. 12), толкуетъ, что опредѣленіе, постановленное мир. съѣздомъ по обжалованію дополнительнаго опредѣленія мир. судьи (к. р. 1868 г. № 441) и частное опредѣленіе, постановленное суд. палатой, по частному обжалованію дополнительнаго опредѣленія окружнаго суда (к. р. 1878 г. № 61), подлежатъ кас. обжалованію передъ уг. кас. департаментомъ.

Въ основаніе этого явно противозаконнаго толкованія и положено уг. кас. департаментомъ, за неимѣніемъ закона, голословное: „само собою разумѣется“. „Такъ какъ при подачѣ кассационной жалобы на приговоръ, невошедшій еще въ законную силу, говорить уг. кас. департаментъ въ 1868 г. (к. р. № 441) и повторяетъ въ 1878 г. (к. р. № 61), невозможно предвидѣть и обжаловать неправильное исполненіе состоявшагося приговора, какъ дѣйствіе еще не совершившееся, а между тѣмъ при исполненіи приговора судъ можетъ сдѣлать въ измѣненіе или дополненіе его такое постановленіе, которое не было бы оставлено подсудимымъ безъ обжалованія въ кассационномъ порядкѣ, если бы оно было выражено своевременно въ приговорѣ, то само собою разумѣется, что въ подобныхъ случаяхъ подсудимый не можетъ быть лишень права обжаловать такое незаконное постановленіе въ дополнительной кассационной жалобѣ, такъ какъ оно относится къ окончательному приговору, въ которомъ всякое нарушеніе закона или порядка судопроизводства можетъ быть предметомъ кассационной жалобы“.

Это противозаконное, превратное толкованіе законовъ о кассациіи является въ глазахъ уг. кас. департамента такимъ убѣдительнымъ и обязательнымъ для всѣхъ подчиненныхъ уг. судовъ, что онъ ссылается

на него какъ на непререкаемую истину въ своихъ другихъ кас. рѣшеніяхъ: то рядомъ со ссылкой на статью закона о частномъ обжалованіи (У. 894), невѣрно приводимую въ обоснованіе кас. обжалованія (к. р. 1871 г. № 697), то безъ всякой ссылки на какіе бы то ни было статьи закона (к. р. 1871 г. № 1734).

Уг. кас. департаментъ, вопреки уставу уг. суд., разрѣшаетъ обжаловать [к. р. 1871 г. № 633] кассационнымъ порядкомъ [к. р. 1868 г. № 441; 1869 г. № 453; 1871 г. № 697; 1874 г. № 625; 1878 г. № 61]: а) дополнительное опредѣленіе мир. съѣзда [1871 г. № 697] и дополнительное опредѣленіе окружнаго суда [1869 г. № 453] — уг. кас. департаменту и б) опредѣленіе мир. съѣзда по обжалованію дополнительнаго опредѣленія мир. судьи [1868 г. № 441; 1871 г. № 633] и частныя опредѣленія суд. палаты по обжалованію дополнительныхъ опредѣленій окружнаго суда [1874 г. № 625; 1878 г. № 61] — уг. кас. департаменту.

Нѣтъ сомнѣнія, что постановленія нашего уг.-суд. законодательства объ обжалованіи дополнительныхъ опредѣленій, постановленныхъ общими уг. судами относительно дополнительнаго исправленія вошедшихъ въ законную силу, осудительныхъ уг.-суд. приговоровъ, не совсѣмъ удовлетворительны. Но отмѣнять, измѣнять и дополнять законъ въ культ. государствѣ слѣдуетъ законодателю, а никакъ не суду. „Недостатки закона, по вѣрному указанію уг. кас. департамента харьковской суд. палатѣ (к. р. 1871 г. № 1725), не могутъ быть устранены судебною властью, которая обязана ясный и опредѣленный законъ, не смотря на всѣ его несовершенства, примѣнить по точному его смыслу или разуму“.

Разсмотрѣвъ вопросъ, какимъ общимъ уг. судамъ ввѣрено нашимъ общимъ уг.-суд. законодательствомъ дополнительное исправленіе осудительныхъ уг.-суд. приговоровъ, вошедшихъ въ законную силу, требующихъ исправленія въ вопросахъ наказуемости, выскажемъ въ краткихъ словахъ нашъ отвѣтъ.

Оставаясь въ нашемъ отвѣтѣ на твердой почвѣ закона, мы должны сказать, что наше общее уг.-суд. законодательство ввѣряетъ дополнительное уг.-суд. производство по исправленію осудительныхъ уг.-суд. приговоровъ въ вопросахъ наказуемости всѣмъ нашимъ общимъ уг. судамъ, постановившимъ эти приговоры, а были ли постановлены эти приговоры этими судами, въ качествѣ уг. судовъ I-й, или повторительной, или апелляціонной инстанціи, это — безразлично. Только окружный судъ съ присяжными засѣдателями замѣняется, при дополнительномъ исправленіи постановленнаго имъ приговора, окружнымъ судомъ безъ присяжныхъ.

Дополнительное же опредѣленіе, постановленное уг. судомъ съ тою цѣлью, чтобы исправить въ вопросахъ наказуемости вынесенный этимъ судомъ уг.-суд. приговоръ, вступившій въ законную силу, можетъ быть, въ свою очередь, обжаловано и пересмотрѣно, по нашему уг.-суд. законодательству, но — уже не въ порядкѣ дополнительнаго уг.-суд. производства, а въ порядкѣ частнаго уг.-суд. производства.

Бар. А. Л. Фрейтагъ-Лоринговенъ,
Профессоръ Императорскаго Юрьевскаго Университета.

Матеріальное Право Проекта Вотчиннаго Устава.

~~~~~

**ТОМЪ II.**

**Залоговое право. Заключение.**

---

### **Того же автора.**

**Вступление наследника въ обязательства и права требованія наследодателя по остзейскому праву, Юрьевъ 1905.**

**Die Schuldenhaftung der Erben nach den livländischen Rechtsbüchern, Weimar 1905.**

**Erbenhaftung und Beispruchsrecht, Weimar 1906.**

**Der Sukzessionsmodus des deutschen Erbrechts, Berlin 1908.**

**Наслѣдованіе въ крестьянской недвижимости по германскому праву, т. I, Историческія основы, Юрьевъ 1910.**

**Реформа наслѣдованія въ крестьянской недвижимости, С.-Петербургъ 1910.**

**Национальность въ гражданскомъ правѣ и проектъ Гражданскаго Уложенія, С.-Петербургъ 1911.**

**Матеріальное право проекта Вотчиннаго Устава, т. I, Юрьевъ 1914.**

---

Въ настоящую книгу вошли, въ болѣе или менѣе переработанномъ видѣ, слѣдующія статьи, напечатанныя уже ранѣе:

Система залоговыхъ правъ по проекту ВУ. — Юридическія Записки 1911, I.

Проектъ ВУ. и мобилизація недвижимости — Журналъ Министерства Юстиціи 1911, V, VI.

Отвѣтственность должника по залогу по проекту ВУ. — Вопросы Права 1911, II.

Обязательственные договоры въ проектѣ ВУ. — Вопросы Права 1912, I.

Право собственности и права въ чужомъ имѣніи въ проектѣ ВУ. — Вопросы Права 1912, IV.

Отвѣтственность заложенного имѣнія по проекту ВУ. — Юридическія Записки 1913, I/II.

Подготовка проекта ВУ. — Вѣстникъ Гражданскаго Права 1913, II, III.

Основные начала вотчинной системы по проекту ВУ. — Журналъ Министерства Юстиціи 1913, III, IV.

Понятіе залога въ проектѣ ВУ. — Вѣстникъ Гражданскаго Права 1913, VI.

Залоговой актъ въ проектѣ ВУ. — Вѣстникъ Гражданскаго Права 1913, VII.

Возникновеніе и прекращеніе залога по проекту ВУ. — Сборникъ, посвященный памяти Г. Ф. Шершеневича.

---

## Оглавление.

### Залоговое право.

#### Понятіе залога.

|                                                     |      |
|-----------------------------------------------------|------|
| I. Понятіе залога въ современномъ правѣ.            | Стр. |
| § 48. Характеръ правъ вѣрителя . . . . .            | 1    |
| § 49. Придаточность ипотеки . . . . .               | 11   |
| § 50. Нормы BGB. и ZGB. . . . .                     | 15   |
| II. Понятіе залога въ проектѣ ВУ.                   |      |
| § 51. Исходныя точки составителей проекта . . . . . | 18   |
| § 52. Вещность залога . . . . .                     | 21   |
| § 53. Придаточность залога . . . . .                | 25   |
| § 54. Конструкція залога въ проектѣ ВУ. . . . .     | 32   |

#### Возникновеніе и прекращеніе залога.

|                                                        |    |
|--------------------------------------------------------|----|
| I. § 55. Принципъ внесенія и залоговое право . . . . . | 37 |
| II. Возникновеніе залога.                              |    |
| § 56. Внесеніе статьи о залогѣ . . . . .               | 46 |
| § 57. Правооснованіе внесенія . . . . .                | 52 |
| § 58. Обеспечиваемое требованіе . . . . .              | 61 |
| III. Прекращеніе залога.                               |    |
| § 59. Ст. 108—111 проекта ВУ. . . . .                  | 70 |
| § 60. Оцѣнка нормъ проекта . . . . .                   | 82 |

#### Виды залога.

|                                          |     |
|------------------------------------------|-----|
| § 61. Виды залога по BGB. и ZGB. . . . . | 89  |
| § 62. Система проекта . . . . .          | 99  |
| § 63. Обратная ипотека . . . . .         | 107 |
| § 64. Принудительный залогъ . . . . .    | 115 |
| § 65. Кредитный залогъ . . . . .         | 131 |
| § 66. Особые виды залога . . . . .       | 137 |
| § 67. Вотчинный долгъ . . . . .          | 153 |
| § 68. Выводы . . . . .                   | 160 |

## VIII

|                                                                  | Стр. |
|------------------------------------------------------------------|------|
| <b>Старшинство залоговыхъ правъ.</b>                             |      |
| § 69. Общія положенія . . . . .                                  | 165  |
| § 70. Сохраненіе старшинства и ипотека собственника . . . . .    | 175  |
| § 71. Сохраненіе старшинства по проекту . . . . .                | 189  |
| <b>Залоговой актъ.</b>                                           |      |
| § 72. Понятіе залогового акта . . . . .                          | 206  |
| § 73. Залоговой актъ и вотчинная книга . . . . .                 | 226  |
| <b>Уступка и закладъ залогового права.</b>                       |      |
| § 74. Уступка и закладъ по постановленіямъ проекта . . . . .     | 243  |
| § 75. Форма актовой цессіи . . . . .                             | 253  |
| § 76. Бланковая цессія и акты на предъявителя . . . . .          | 266  |
| § 77. Частные вопросы . . . . .                                  | 274  |
| <b>Права кредитора по залогу.</b>                                |      |
| § 78. Содержаніе отд. 7 гл. IV . . . . .                         | 281  |
| § 79. Сдѣлки собственника . . . . .                              | 284  |
| § 80. Фактическія распоряженія собственника . . . . .            | 300  |
| § 81. „Порабощеніе собственника-должника“ . . . . .              | 307  |
| <b>Осуществленіе залогового права.</b>                           |      |
| § 82. Сущность залогового иска . . . . .                         | 312  |
| § 83. Объемъ залогового иска . . . . .                           | 324  |
| § 84. Объектъ взысканія . . . . .                                | 337  |
| § 85. Страхоевое вознагражденіе какъ объектъ взысканія . . . . . | 353  |
| § 86. Искъ изъ ст. 100 . . . . .                                 | 360  |
| § 87. Послѣдствія отчужденія заложенной недвижимости . . . . .   | 370  |
| § 88. Иски залоговой и личный I. . . . .                         | 384  |
| § 89. Иски залоговой и личный II. . . . .                        | 394  |
| § 90. Личный искъ и публичная продажа . . . . .                  | 410  |
| § 91. Выводы . . . . .                                           | 421  |
| <b>Заключеніе.</b>                                               |      |
| I. § 92. Общая оцѣнка проекта . . . . .                          | 425  |
| II. Проектъ ВУ. и мобилизація недвижимости.                      |      |
| § 93. Проблема мобилизаціи въ матеріалахъ къ проекту . . . . .   | 429  |
| § 94. Понятіе и виды мобилизаціи . . . . .                       | 433  |
| § 95. Мѣры противъ мобилизаціи I. . . . .                        | 441  |
| § 96. Мѣры противъ мобилизаціи II. . . . .                       | 451  |
| § 97. Выводы . . . . .                                           | 460  |

# Залоговое право.

---

# Понятіе залога.

## I. Понятіе залога въ современномъ правѣ.

### § 48. Характеръ правъ вѣрителя.

Мобилизація мѣнсовой цѣнности недвижимости и введеніе ея въ оборотъ для цѣлей кредита мыслима, съ точки зрѣнія юридической конструкціи, двоякимъ путемъ. Можно, во-первыхъ, признать за извѣстнымъ лицомъ непосредственное право на реализуемую путемъ публичной продажи опредѣленную долю цѣнности недвижимости<sup>1)</sup>. Можно, во-вторыхъ, привести въ связь такое право съ обязатель-

1) Какъ указано ниже въ текстѣ, рѣчь идетъ о долѣ, количественно опредѣленной. Но это никогда не будетъ долей квотативной, опредѣленной пропорціонально цѣнности недвижимости какъ цѣлага, такъ какъ подобное опредѣленіе, благодаря невозможности установить заранѣе мѣнсовую цѣнность недвижимости въ моментъ публичной продажи, нарушало бы принципъ спеціальности. Съ другой стороны, разумѣется само собой, что практически право на долю цѣнности можетъ оказаться правомъ на всю мѣнсовую цѣнность, если именно сумма, которою опредѣляется въ моментъ публичной продажи послѣдняя, окажется равною суммѣ или ниже суммы, въ которой установлено обремененіе недвижимости. Въ виду этого было бы, пожалуй, точнѣе говорить не о правѣ на долю цѣнности недвижимости, но о правѣ на цѣнность, получаемую изъ реализованной путемъ публичной продажи цѣнности недвижимости. Однако, въ виду того, что случаи подобнаго рода являются болѣе или менѣе исключеніемъ, а также ради большей простоты и ясности изложенія, кажется позволительнымъ придерживаться терминологіи, употребляемой въ текстѣ.

ственнымъ требованіемъ, съ тѣмъ, чтобы его возникновеніе, измѣненіе и прекращеніе находились въ болѣе или менѣе строгой зависимости отъ послѣдняго.

Въ первомъ случаѣ создается, по современной терминологіи, вотчинный долгъ, во-второмъ — ипотека или залоговое право въ тѣсномъ смыслѣ<sup>1)</sup>. Само собой разумѣется, при этомъ, что отдѣльное положительное законодательство можетъ, сообразуясь съ потребностями оборота, какъ остановиться на одной изъ этихъ формъ, такъ и признать и ту и другую.

Но во всякомъ случаѣ право вѣрителя будетъ направлено именно на мѣновую цѣнность недвижимости<sup>2)</sup>. Напротивъ, самая недвижимость, какъ тѣлесный объектъ, не представляетъ, съ этой точки зрѣнія, интереса.

Однако, это право должно быть поставлено въ строго опредѣленныя рамки. Не говоря даже о томъ, что при современной вотчинной системѣ каждое право, подлежащее внесенію въ вотчинную книгу, должно имѣть количественно

1) Подъ понятіе заголового права въ обширномъ смыслѣ подойдутъ, напротивъ, какъ вотчинный долгъ, такъ и ипотека. Такая терминологія принята швейцарскимъ уложеніемъ, пользующимся выраженіемъ Grundpfand для обозначенія обоихъ институтовъ, а также литературой германскаго права, между тѣмъ какъ само германское уложеніе избѣгаетъ пользоваться общимъ для вотчиннаго долга и для ипотеки терминомъ.

2) Достаточно извѣстно, что вопросъ о существѣ залогового права въ высокой степени споренъ. На почвѣ пандектнаго права споръ велся, главнымъ образомъ, о томъ, имѣетъ ли вѣритель по залогу вещное право или право требованія, направленное или противъ самой вещи или противъ собственника ея. Ср. по этому вопросу Dernburg, Pfandrecht II, S. 104 flg., Kohler, Pfandrechtliche Forschungen, S. 47 flg., а также курсы пандектнаго права. Въ русской литературѣ см. Звоницкій, О залогѣ, стр. 181 сл. Одержавшее верхъ первое изъ этихъ двухъ мнѣній должно быть признано господствующимъ и въ настоящее время, такъ какъ оно поддерживается большинствомъ писателей, высказавшихся по этому вопросу какъ для германскаго уложенія, такъ и для швейцарскаго. Въ противоположность къ нему за послѣднее время нарождается воззрѣніе на залоговое право какъ на право на цѣнность заложенной недвижимости. Это мнѣніе высказалъ впервые Bremer, Pfandrecht und

опредѣленный объемъ<sup>1)</sup>, слѣдуетъ имѣть въ виду, кромѣ того, еще и то, что право на долю цѣнности не можетъ не обладать и качественною опредѣленностью. Необходимо привести въ связь каждый вотчинный долгъ и каждую ипотеку съ опредѣленною ступенью въ скалѣ обремененій, лежащихъ на данной недвижимости. Ибо каждая доля цѣнности имѣетъ свой специфическій вѣсъ въ зависимости отъ того, какое она занимаетъ мѣсто по порядку. Благодаря этому и экономическое значеніе права на долю цѣнности опредѣляется, именно, этимъ мѣстомъ.

При такомъ положеніи дѣла объективное право не можетъ не снабдить права на долю цѣнности недвижимости разъ навсегда опредѣленнымъ старшинствомъ, въ результатѣ чего какъ вотчинный долгъ, такъ и ипотека являются правомъ на количественно и качественно опредѣленную долю мѣновой цѣнности недвижимости.

Однако, по ходячему и господствующему мнѣнію, залогъ во всѣхъ своихъ видахъ является правомъ вещнымъ. Между тѣмъ сущность вещнаго права усматривается, какъ

---

Pfandobjekt, S. 62 flg., Hypothek und Grundschuld, S. 54 flg. Къ нему присоединились Kohler, Pfandrehtliche Forschungen, S. 52 flg., Substanzrecht und Wertrecht, Archiv f. ziv. Praxis 1901, S. 155 flg., Bürgerliches Recht, Encyklopädie I, S. 615 flg., Cromé, System III, S. 2 flg., 639 flg., Endemann, Lehrbuch II, 1<sup>o</sup>, S. 700, 704, Bruns-Eck-Mitteis, Pandektenrecht, Kohlers Encyklopädie I, S. 353, Wieland, Sachenrecht, S. 288, Tuor, Das neue Recht, S. 462, 478. Къ приверженцамъ этого ученія слѣдуетъ отнести также Ihering, Geist des röm. Rechts III, 1, S. 216, N. 265 b и Windscheid, Pandekten I, S. 1012 ad N. 18. Не чужды ему и Gierke, Deutsches Privatrecht II, S. 851, 857, Schuld und Haftung, S. 25, 30, 33, отрицающій характеръ права на цѣнность лишь за залоговымъ правомъ германскаго, но признающій его за залоговымъ правомъ швейцарскаго уложенія. Ср. также Kuehnast, Untersuchung des Grundschuld-begriffes, S. 48 flg., Klein, Verhandlungen des XXII Juristentages I, S. 441, Wolff, Sachenrecht, S. 44<sup>1</sup>. Нѣкоторые другіе приверженцы того же воззрѣнія указаны у Gierke, Deutsches Privatrecht II, S. 852 N. 6. Въ русской литературѣ къ этому мнѣнію присоединился Звоницкій, О залогѣ, стр. 173 сл., особ. стр. 245.

1) Въ силу принципа специальности — ср. выше, т. I, § 26, а также ниже, § 56.

извѣстно, въ томъ, что оно даетъ управомоченному лицу непосредственное господство надъ вещью<sup>1)</sup>. При такомъ воззрѣніи, однако, логически немислимо прикрѣплять залогъ къ опредѣленному разъ на всегда старшинству. И это тѣмъ болѣе, что залогъ, понимаемый какъ вещное право, вообще непосредственнаго отношенія къ цѣнности недвижимости не имѣетъ — онъ относится къ самой вещи и заключается въ правѣ владѣть ею и продать ее.

Не отрицая правильности такого взгляда для извѣстныхъ историческихъ фазисовъ развитія залогового права, слѣдуетъ, однако, сказать, что въ современномъ правѣ, съ отпаденіемъ права на владѣніе заложенной недвижимостью и съ превращеніемъ права продажи въ право требовать удовлетворенія путемъ продажи, совершаемой органами государственной власти, о господствѣ управомоченнаго лица надъ вещью говорить уже не приходится. Тутъ, напротивъ, съ полною ясностью выступаетъ характеръ залога какъ права на цѣнность вещи. И вмѣстѣ съ тѣмъ, становится окончательно неизбѣжнымъ установленіе количественной и качественной опредѣленности права.

Но если, въ виду этого, нельзя уже признавать залоговое право правомъ вещнымъ, то естественно возникаетъ вопросъ, какимъ же оно обладаетъ характеромъ.

Отвѣтъ, очевидно, можетъ быть только одинъ: залоговое право есть право абсолютное<sup>2)</sup>. Оно имѣетъ силу по отно-

1) Съ особой опредѣленностью формулируется это воззрѣніе въ BGB. Motive III, S. 6. См. также Regelsberger, Pandekten I, S. 199 flg. Ср. по этому поводу сказанное о возможности двоякаго представленія о сущности вещныхъ правъ у Gierke, Deutsches Privatrecht I, S. 259.

2) Существованіе подобной категоріи правъ, охватывающей также и права вещныя, не можетъ быть подвержено сомнѣнію, хотя ею и пользуются далеко не всѣ писатели. Но ср. Bierling, Kritik der juristischen Grundbegriffe II, S. 179 flg., Windscheid, Pandekten I, S. 149, Endemann, Lehrbuch I, S. 10 flg., Crome, System I, S. 166 flg. См. также Wieland, Sachenrecht, S. 288. Въ русской литературѣ оперируютъ этой категоріей

шенію ко всѣмъ лицамъ, соприкасающимся со сферой правъ управомоченнаго лица. И нельзя не отмѣтить особо, что абсолютность права, направленнаго на долю цѣнности и сопряженнаго съ опредѣленнымъ старшинствомъ, проявляется безусловно, внѣ зависимости отъ правъ предыдущихъ или послѣдующихъ.

Однако, установленныя до сихъ поръ характерныя черты залогового права — абсолютность и направленіе на долю цѣнности — еще не опредѣляютъ въ достаточной мѣрѣ его содержанія. Онѣ указываютъ, съ одной стороны, на отношенія между управомоченнымъ и третьими лицами, съ другой — на результатъ, къ достиженію котораго направлено право залога. Но онѣ ничего не говорятъ о содержаніи права. Между тѣмъ, именно эта сторона вопроса является въ настоящее время наименѣе выясненной.

Затрагиваемая тутъ проблема можетъ быть формулирована вопросомъ: слѣдуетъ ли считать собственника обремененной недвижимости должникомъ по залогу или имѣется самостоятельное обремененіе недвижимости, хотя бы и поставленное въ зависимость отъ обязательственнаго требованія?

Каждое изъ этихъ воззрѣній нашло рядъ представителей въ литературѣ, при чемъ отдѣльныя, высказываемыя по этому поводу мнѣнія отличаются другъ отъ друга немалымъ числомъ различныхъ оттѣнковъ<sup>1)</sup>. Однако, если исходить изъ того понятія о залогѣ, которое отражается въ новѣйшемъ современномъ правѣ, и если оставлять въ сторонѣ нѣкоторыя, маловажныя уклоненія, которыя, къ тому же,

---

и подводить подъ нее, въ частности, залоговое право Кассо, Понятіе о залогѣ, стр. 239 сл., Звоницкій, О залогѣ, стр. 212 сл.

1) Краткое сопоставленіе высказанныхъ по этому вопросу мнѣній даетъ Wolff, Sachenrecht, S. 449 flg., болѣе подробное, хотя и лишь въ примѣненіи къ вотчинному долгу — Puntchart, Der Grundschuldbegriff, S. 35 flg.

имѣють прежде всего терминологическій характеръ<sup>1)</sup>, то несомнѣнно приходится сказать, что залогъ, какъ въ формѣ вотчиннаго долга, такъ и въ формѣ ипотеки, является непосредственнымъ и самостоятельнымъ обремененіемъ недвижимости, не проходящимъ черезъ медиумъ собственника.

А если это такъ, то абсолютное право на цѣнность заложенной недвижимости, каковымъ является залоговое право, приобретаетъ вполне опредѣленный характеръ: оно должно быть отнесено къ категоріи правъ присвоенія<sup>2)</sup>.

Что подобная категорія правъ существуетъ въ современномъ правѣ, въ этомъ сомнѣнія быть не можетъ, хотя она принимается во вниманіе лишь сравнительно небольшимъ числомъ писателей. Но подъ нее подводились до сихъ поръ только права, направленные на присвоеніе самой тѣлесной вещи<sup>3)</sup>. А такъ какъ эти права въ результатѣ приводятъ къ установленію непосредственнаго господства надъ данною вещью, то принято считать и ихъ правами вещными, несмотря на то, что такая квалифікація не вполне точна: самое право присвоенія, какъ таковое, не проявляется въ господствѣ надъ вещью. Слѣдовательно, было бы правильнѣе считать право присвоенія правомъ не вещнымъ, а абсолютнымъ.

Однако, наряду съ правами присвоенія, направленными

1) Объ этомъ см. ниже, § 50.

2) Категорія правъ присвоенія имѣла большое значеніе для древне-германскаго права, см. напр., Stobbe-Lehmann, Handbuch II, 1, S. 80, Gierke, Deutsches Privatrecht II, S. 601 flg. Въ современномъ правѣ это значеніе безспорно весьма уменьшилось, но далеко не утратилось, хотя о правахъ присвоенія въ литературѣ или вовсе не упоминають, или упоминають лишь мимоходомъ. Ex professo настаивають на необходимости сохраненія этой категоріи Stobbe-Lehmann и Gierke въ указанныхъ сочиненіяхъ.

3) По древне-германскому праву сюда относились прежде всего право ретракта и право родового и сосѣдскаго выкупа, а по современному праву — т. наз. вещное право преимущественной покупки и возникающее изъ права на разработку нѣдръ земли (ср. проектъ ВУ. 24, 2) право на ископаемые. Ср. выше, т. I, стр. 235, прим. 4.

на самую вещь, слѣдуетъ поставить право присвоенія, направленное на цѣнность вещи. Въ самомъ дѣлѣ, таковымъ, именно, является залоговое право. Ибо искъ изъ залогового права въ современномъ правѣ направленъ на допущеніе публичной продажи<sup>1)</sup>. А если съ формальной точки зрѣнія цѣлью залогового права является производство публичной продажи, то съ матеріальной ею является, безспорно, присвоеніе опредѣленной доли цѣнности недвижимости.

Подобная конструкція залогового права совпадаетъ, по своему результату, съ тѣми конструкціями, которыя исходятъ изъ воззрѣнія на залоговое право, какъ на непосредственное обремененіе недвижимости. Она отличается отъ нихъ тѣмъ, что опредѣляетъ содержаніе и сущность разсматриваемаго права, не ограничиваясь однимъ выясненіемъ средствъ и результатовъ его осуществленія<sup>2)</sup>.

Напротивъ, эта же конструкція становится въ рѣзкое противорѣчіе со всѣми теоріями, признающими такъ или иначе наличность обязанности собственника, безразлично, считается ли эта обязанность долгомъ его въ смыслѣ современнаго права, или же въ смыслѣ германистическаго понятія *Schuld* въ противоположность понятію *Haftung*. И нельзя не отмѣтить, что тенденція конструировать залоговое право, именно, при помощи понятій *Schuld* и *Haftung* проявляется за послѣднее время все сильнѣе, такъ что, пожа-

---

1) Вопросъ о томъ, на что, въ сущности, направлено *petitum* кредитора и какъ оно должно быть сформулировано, довольно споренъ въ литературѣ. Сказанное въ текстѣ отвѣчаетъ мнѣнію, которое, кажется, можно считать господствующимъ — см. Kober, *Sachenrecht* ad 1147, III, 2, S. 799 flg., гдѣ и приведена главнѣйшая литература. Ср., кромѣ того, Wolff, *Sachenrecht*, S. 490 flg.

2) Мимоходомъ и безъ обоснованія уже Виндшейдъ называлъ современное залоговое право правомъ на присвоеніе опредѣленной доли цѣнности вещи — „*Recht auf Aneignung eines bestimmten Theils des Vermögenswerts einer Sache*“ — *Pandekten* I, § 225 ad Anm. 18. Predari, *Grundbuchordnung*, S. 217 повторяетъ этотъ тезисъ.

луй, уже приходится признавать построенную на этомъ базисѣ конструкцію господствующею<sup>1)</sup>.

Въ задачи настоящаго труда не входитъ полемика ни вообще съ высказанными въ литературѣ мнѣніями, ни, въ частности, съ послѣднимъ изъ упомянутыхъ. Но въ виду той роли, какую играетъ оно, все же кажется умѣстнымъ указать, хотя бы вкратцѣ, на то, что оно въ современномъ дѣйствующемъ правѣ не имѣетъ почвы. Сами ея приверженцы признаютъ, что не можетъ быть рѣчи о сознательномъ использовании понятій *Schuld* и *Haftung* въ современномъ законодательствѣ<sup>2)</sup>. Если же наиболѣе крупный представитель этого воззрѣнія утверждаетъ<sup>3)</sup>, что всякая отвѣтственность логически предполагаетъ наличность долга и что поэтому признаніе вещнаго долга, отвѣчающаго праву залогового кредитора на удовлетвореніе, является необходимымъ, то приходится возразить, во-первыхъ, что при конструкціи залогового права, какъ права присвоенія, подобной необходимости, очевидно, не существуетъ. Во-вторыхъ же, нельзя не замѣтить, что этотъ вещный долгъ представляетъ собой ни что иное, какъ вспомогательную конструкцію, нисколько не выясняющую разсматриваемой проблемы. Ибо вещный долгъ ни въ чемъ не проявляетъ своего существованія: современнымъ правомъ не признается ни иска, ни какого либо другого средства, при помощи котораго можно было бы заставить должника исполнить этотъ долгъ. Все сводится къ залоговому иску, цѣлью котораго является реализація цѣнности недвижимости въ видахъ удовлетворенія изъ нея управомоченнаго лица<sup>4)</sup>.

1) Въ русской литературѣ этотъ вопросъ затронутъ у Базанова, Происхожденіе современной ипотеки, стр. 375 сл.

2) Ср. v. Schwerin, *Schuld und Haftung im geltenden Recht*, S. 12 flg.

3) Gierke, *Deutsches Privatrecht* II, S. 852 flg.

4) Два новѣйшихъ изслѣдователя этого вопроса, оперирующіе также понятіями *Schuld* и *Haftung*, стараются избѣжать вытекающихъ изъ такого положенія дѣлъ затрудненій и, тѣмъ не менѣе, выполнить нѣсколько

Болѣе вѣса можно было бы признать за другимъ выраженіемъ, которое опиралось бы на воззрѣнія практической жизни<sup>1)</sup>. Дѣло въ томъ, что при принятой здѣсь конструкціи нѣтъ обязанности собственника совершать уплату по лежащему на недвижимости обремененію. Если же онъ производитъ ее, то онъ лишь осуществляетъ предоставленное ему право съ цѣлью избѣжанія публичной продажи недвижимости. И вотъ по этому поводу можно указать на то, что ни одинъ собственникъ не смотритъ на совершаемую имъ уплату иначе, какъ на исполненіе болѣе или менѣе тяжелой обязанности. А съ другой стороны, ни одинъ вѣритель не видитъ существа своего права въ возможности требовать продажи недвижимости съ тѣмъ, чтобы получить долю ея цѣнности. Напротивъ, управомоченный желаетъ получить проценты и капиталъ отъ собственника. Публичная же продажа недвижимости, въ глазахъ его, представляетъ лишь послѣднее средство, примѣненіе котораго умѣстно

инымъ путемъ будто бы логически необходимое требованіе установленія связи между долгомъ и отвѣтственностью. А именно, Puntschart, *Der Grundschieuldbegriff*, S. 110 flg., конструируетъ понятіе чистаго долга, отвлеченнаго какъ отъ правооснованія, такъ и отъ личности должника, которому со стороны управомоченнаго отвѣчаетъ чистое право на полученіе („eine reine, von Schuldgrund und Person des Schuldners losgelöste und in diesem Sinne „unpersönliche“ Schuld, der ein reines Bekommensollen gegenübersteht“). v. Schwerin, *Schuld und Haftung im geltenden Recht*, S. 24 flg., напротивъ, выставляетъ понятіе вѣрительскаго долга безъ должника (Gläubigerschuld), которое сводится къ праву на полученіе (Bekommen-Sollen). Обѣ эти конструкціи едва ли могутъ быть признаны удачными. Онѣ не только въ высокой степени искусственны, но страдаютъ, кромѣ того, внутреннимъ противорѣчіемъ. Ибо что же такое есть долгъ безъ должника или вѣрительскій долгъ? Вѣдь, въ сущности, именно такія конструкціи являются ни чѣмъ инымъ, какъ признаніемъ, что для конструкціи современнаго залога понятіе долга въ германистическомъ смыслѣ не можетъ принести пользы. Впрочемъ, если оставить въ сторонѣ терминологию, которою пользуются оба эти автора, то трудно отрицать, что по существу дѣла они очень близки къ воззрѣнію, высказываемому въ текстѣ. Ихъ чистый или вѣрительскій долгъ, ихъ право на полученіе есть ни что иное, какъ, именно, право присвоенія цѣнности обремененной недвижимости.

1) Ср. Stobbe-Lehmann, *Handbuch II*, 2, S. 166 flg.

только въ случаѣ упорнаго неисполненія собственникомъ своихъ обязанностей.

Трудно спорить противъ того, что соотвѣтствующая такому воззрѣнію конструкція *de lege ferenda* мыслима, хотя съ другой стороны и нельзя не отмѣтить, что ея достоинства были бы довольно сомнительны. Въ случаѣ усвоенія ея, приходилось бы признать особый искъ управомоченнаго къ собственнику, содержаніемъ котораго являлось бы требованіе уплаты. Въ случаѣ же безуспѣшности этого иска, слѣдовало бы или направить взысканіе на недвижимость, т. е. приступить къ публичной продажѣ, или же предъявить особый искъ о признаніи допустимости публичной продажи. Другими словами, достигался бы тотъ же самый результатъ, но лишь обходнымъ и притомъ болѣе сложнымъ путемъ. Иное положеніе создавалось бы, разумѣется, если бы признать наличность личнаго долга собственника и допустить вслѣдствіе того взысканіе съ его движимаго имущества. Но объ этомъ, очевидно, и рѣчи быть не можетъ<sup>1)</sup>.

Въ виду этого остается лишь сказать, что изложенное только что возраженіе покоится на явномъ недоразумѣніи. Оборотъ нуждается въ непосредственномъ обремененіи недвижимости, не проходящемъ черезъ медиумъ собственника. Таковое и предоставляется въ его распоряженіе объективнымъ правомъ съ тѣмъ, однако, что собственнику дается возможность устранить осуществленіе правъ управомоченнаго лица путемъ уплаты. Если же учиненіе уплаты является для собственника тягостнымъ, то оно отъ этого еще не превращается изъ права въ обязанность. Съ чисто субъ-

1) Въ противномъ случаѣ пришлось бы уничтожить понятіе вотчиннаго долга и отказаться, насколько дѣло идетъ объ ипотекахъ, отъ проведенія грани между личнымъ искомъ изъ обязательственнаго требованія и вещнымъ искомъ изъ ипотеки. А это логически немыслимо и привело бы, кромѣ того, и къ практически недопустимому результату тогда, когда собственникъ недвижимости не является личнымъ должникомъ.

ективной точки зрѣнія уплата, безспорно, является жертвой, приносимой собственникомъ, но приносимой ради избѣжанія потерь болѣе чувствительныхъ въ матеріальномъ или нравственномъ отношеніи. Но къ принесенію этой жертвы собственникъ ничуть не обязанъ. И если онъ отождествляетъ экономическую или нравственную необходимость жертвы съ правовою обязанностью, то подобное субъективное отношеніе къ данному вопросу никоимъ образомъ не можетъ измѣнить объективнаго положенія дѣла. Равнымъ образомъ, за субъективнымъ воззрѣніемъ управомоченнаго не можетъ быть признано рѣшающаго значенія. Онъ имѣетъ право присвоить себѣ путемъ публичной продажи цѣнность недвижимости. Если онъ будетъ разсчитывать на то, что собственникъ предупредить осуществленіе его права добровольною уплатой, не имѣя, однако, никакихъ средствъ принудить его къ этому, то и его воззрѣнія остаются въ области чисто субъективной. Строить на нихъ какіе бы то ни было объективные выводы, очевидно, недопустимо.

#### § 49. Придаточность ипотеки.

Итакъ, и вотчинный долгъ, и ипотека являются непосредственнымъ обремененіемъ недвижимости, въ силу котораго за управомоченнымъ лицомъ признается абсолютное право присвоенія количественно и качественно опредѣленной доли цѣнности недвижимости. Однако, уже выше было указано на то, что характерная черта ипотеки въ противоположность вотчинному долгу состоитъ въ томъ, что заключающееся въ ней обремененіе недвижимости приводится въ связь съ обязательственнымъ требованіемъ. При этомъ слѣдуетъ имѣть въ виду, что эта связь можетъ быть болѣе или менѣе тѣсная. Мыслимо, что за нею признается абсолютная сила и что она не прерывается ни при какихъ условіяхъ. Другими словами, залогъ въ такомъ случаѣ получаетъ строго придаточный или акцессорный характеръ.

Но мыслимо также и нѣчто иное. А именно, потребности оборота могутъ привести къ признанію нѣкоторой самостоятельности за залоговымъ правомъ. Можетъ показаться желательнымъ поставить право по ипотека́мъ на болѣе твердую почву, чѣмъ та, каковою можетъ являться обязательственное требованіе. Выражаясь конкретно, въ интересахъ оборота можетъ появиться необходимость обезпечить въ большей мѣрѣ формальную дѣйствительность ипотеки. Эта цѣль можетъ быть достигнута путемъ подчеркиванія вотчиннаго элемента, другими словами, тѣмъ, что дѣйствительность ипотеки ставится въ зависимость уже не отъ личнаго требованія, а отъ показаній вотчинной книги. Ясно, что, благодаря этому, принципъ акцессорности отступаетъ на второй планъ передъ принципомъ публичной вѣры вотчинной книги, между тѣмъ какъ при придаточной ипотека́мъ замѣчается противоположное явленіе, т. е. оттѣсненіе принципа публичной вѣры принципомъ акцессорности.

Однако, необходимо имѣть въ виду, что принципъ акцессорности самъ по себѣ сохраняется. Это иначе и быть не можетъ при тѣхъ исходныхъ точкахъ, которыя лежатъ въ основаніи конструкціи ипотеки. Лишь при столкновеніи между нимъ и принципомъ публичной вѣры, ему приходится уступать. Съ другой же стороны, вслѣдствіе именно такого соотношенія между двумя принципами, третій добросовѣстный пріобрѣтатель правъ по ипотека́мъ не подверженъ возраженіямъ, основывающимся на обязательственномъ правоотношеніи, насколько эти возраженія не явствуютъ изъ вотчинной книги, т. е. насколько они не поставлены, въ свою очередь, подъ дѣйствіе принципа публичной вѣры. Благодаря этому, рассматриваемый видъ ипотеки, — извѣстный подъ названіемъ оборотной ипотеки въ противоположность ипотека́мъ акцессорной, придаточной или обезпечительной — приближается по своей конструкціи къ вотчинному долгу. Разъ онъ возникъ, то онъ можетъ су-

ществовать независимо отъ обязательственнаго требованія, покаясь исключительно на записи въ вотчинной книгѣ. Въ виду этого было бы даже мыслимо утверждение, что имѣется полное совпаденіе оборотной ипотеки съ вотчиннымъ долгомъ, если бы не одно обстоятельство: оттѣсненіе акцессорности происходитъ только въ пользу добросовѣстнаго пріобрѣтателя ипотеки. Оно, слѣдовательно, не имѣетъ абсолютнаго характера.

Такимъ образомъ оказывается, что оборотная ипотека сама по себѣ акцессорна такъ же, какъ ипотека обезпечительная. Но, благодаря дѣйствию принципа публичной вѣры вотчинной книги, а въ частности, благодаря легитимациі къ распоряженію лица, внесеннаго въ качествѣ управомоченнаго<sup>1)</sup>, по отношенію къ третьему добросовѣстному пріобрѣтателю, связь ипотеки съ требованіемъ можетъ прекратиться, въ виду чего оборотная ипотека при извѣстныхъ условіяхъ превращается въ вотчинный долгъ<sup>2)</sup>.

Въ связи съ этимъ можно, впрочемъ, отмѣтить еще и то, что при изложенномъ взглядѣ на сущность залога исчезаютъ и тѣ конструктивныя затрудненія, которыя связаны съ институтомъ ипотеки собственника. Этотъ институтъ появился, какъ извѣстно, на почвѣ стараго взгляда на залогъ;

1) Ср. выше т. I, § 22.

2) Это, впрочемъ, вопросъ, довольно спорный въ литературѣ. Изложеннаго въ текстѣ мнѣнія придерживается Wolff, Sachenrecht, S. 455, 483 flg. То же самое приходится сказать о Kober, Sachenrecht ad 1113, I, 2, S. 676 flg., Maenner, Sachenrecht, S. 364, Oberneck, Reichsgrundbuchrecht II, S. 1 flg., 8, 85 flg., Hachenburg, Vorträge, S. 508, 510, 534, 537 flg. Очень близки къ тому же мнѣнію Gierke, Deutsches Privatrecht II, S. 880, 884, Crome, System III, S. 650 flg., Endemann, Lehrbuch II, 2, S. 717 flg., 725 flg., 730 flg. Нѣкоторые другіе писатели, напротивъ, утверждаютъ, что зависимость ипотеки отъ обязательственнаго требованія сохраняется принципиально, хотя и они не отрицаютъ, что акцессорность подвержена ослабленіямъ, благодаря особымъ условіямъ вотчинной системы. Сюда относятся v. Schwind, Wesen und Inhalt des Pfandrechts, S. 107 flg., Dernburg, Sachenrecht, S. 736. Послѣдній, при этомъ настаиваетъ на томъ, что германское уложеніе „сохранило, съ точки зрѣнія юридической конструк-

какъ на право вещное, и преслѣдовалъ, прежде всего, цѣль воспрепятствовать движенію послѣдующихъ ипотекъ при отпаденіи предыдущихъ. При помощи его достигался обходнымъ путемъ экономически желательный результатъ, при чемъ, однако, допускалось очевидное противорѣчіе самому понятію залогового права, какъ права акцессорнаго. И вмѣстѣ съ тѣмъ была создана почва для безконечныхъ споровъ о сущности ипотеки собственника.

Если же признавать залогъ правомъ на качественно и количественно опредѣленную долю цѣнности, то нѣтъ уже необходимости пользоваться подобнымъ обходнымъ путемъ. Съ отпаденіемъ ипотеки <sup>1)</sup>, освободившаяся доля цѣнности имѣнія переходитъ въ распоряженіе собственника и о движеніи младшихъ ипотекъ рѣчи быть не можетъ. Затрудненій же къ признанію за собственникомъ, наряду съ правомъ собственности въ самой недвижимости, еще и права на распоряженіе опредѣленною долей ея цѣнности, изъятой изъ сферы власти вѣрителей, не можетъ встрѣтиться, очевидно, даже со стороны противниковъ понятія права въ собственной вещи.

ція, акцессорную природу ипотеки“. Но онъ же оговаривается, что акцессорность поддерживается лишь при помощи легальной фикціи. Вблизи къ Дербургу стоятъ Turnau- Förster, Liegenschaftsrecht I, S. 726: признавая акцессорность, они отказываютъ ей, однако, въ практическомъ значеніи. Впрочемъ, не лишено, пожалуй, интереса сопоставленіе съ высказанными въ литературѣ воззрѣніями мнѣнія редакторовъ германскаго уложенія. На вопросъ объ акцессорности ипотеки обратила вниманіе въ особенности вторая коммиссія — см. BGB. Protokolle III, S. 538 ff. Меньшинство коммиссіи признавало акцессорный характеръ ипотеки, хотя и оно не отрицало, что „историческое развитіе повело къ нѣкоторымъ отступленіямъ отъ этого принципа“. Большинство же пошло значительно дальше и утверждало, что ипотека „освободилась въ рядѣ случаевъ отъ своего акцессорнаго характера“. Въ другомъ мѣстѣ (I. с., S. 623) указывается еще на то, что, ипотека можетъ существовать также и независимо отъ обязательственнаго требованія. Последнее „имѣетъ лишь то значеніе, что оно легитимируетъ вѣрителя.“.

1) Само собой разумѣется, что это относится равнымъ образомъ къ случаю, когда внесенная въ вотчинную книгу ипотека не возникла вслѣдствіе недействительности обязательственнаго требованія.

При такомъ положеніи дѣла можно было бы даже утверждать, что нѣтъ никакой необходимости въ сохраненіи института ипотеки собственника. На его мѣсто могло бы поступить право распоряженія свободною долей цѣнности и всѣ тѣ многочисленные случаи, въ которыхъ, напр., германское уложеніе признаетъ возникновеніе ипотеки собственника, разрѣшятся гораздо проще и логичнѣе. Но нельзя не имѣть въ виду, что практическія соображенія дѣлаютъ, тѣмъ не менѣе, желательнымъ сохраненіе ипотеки собственника. А именно, при превращеніи отпавшихъ ипотекъ въ свободныя мѣста, утилизированіе данной доли цѣнности предполагаетъ установленіе новаго залога, между тѣмъ какъ при превращеніи ея въ ипотеку собственника достаточно обыкновенной ея цессіи. Въ виду этого обстоятельства, не приходится возражать противъ сохраненія разсматриваемаго института. Но необходимо имѣть, при этомъ, въ виду, что дѣло идетъ не о какомъ либо особомъ видѣ ипотеки, а лишь объ особой, признанной ради чисто практическихъ цѣлей формѣ свободного мѣста, находящагося въ распоряженіи собственника<sup>1)</sup>.

### § 50. Нормы BGB. и ZGB.

Вотъ къ чему сводится сущность залога въ обширномъ смыслѣ слова по современному праву. Правда, предыдущее изложеніе стремилось выяснить, главнымъ образомъ, тѣ основныя идеи, которыя кроются въ этомъ институтѣ. Благодаря этому, оно претендуетъ на значеніе, прежде всего, *de lege ferenda*. Но оно, тѣмъ не менѣе, не имѣетъ отвлеченнаго характера, а напротивъ, всецѣло опирается на два новѣйшихъ уложенія, т. е. на германское и швейцарское. Съ

1) Конструкцію, весьма сходную съ изложенной въ текстѣ, выставляетъ Endemann, Lehrbuch I, S. 733 flg., при чемъ онъ, однако, подчеркиваетъ отрицательную функцію ипотеки собственника (*Ausschliessungsrecht*) и отклоняетъ возрѣніе на залогъ какъ на право, направленное лишь на опредѣленную долю цѣнности имѣнія.

другой стороны, нельзя, правда, отрицать, что редакторы германскаго уложенія принципиально избрали другую исходную точку: они признавали залоговое право правомъ вещнымъ, простирающимся на всю заложенную недвижимость<sup>1)</sup>. Однако, это воззрѣніе въ самомъ уложеніи не выдержано. Напротивъ, въ результатѣ получается не только абсолютное право на цѣнность<sup>2)</sup>, но, съ практической точки зрѣнія, именно, право на количественно и качественно разъ навсегда опредѣленную долю цѣнности<sup>3)</sup>. Что же касается самаго содержанія этого права, то трудно сомнѣваться въ томъ, что оно есть право присвоенія или, выражаясь иначе, что залогъ является непосредственнымъ обремененіемъ недвижимости, не проходящимъ черезъ медіумъ собственника<sup>4)</sup>. Равно не

1) Motive III, S. 204, стр. 603, 737.

2) Это слѣдуетъ сказать въ виду того, что германское уложеніе не признаетъ за кредиторомъ никакого права на господство надъ вещью, а напротивъ, лишь на удовлетвореніе путемъ публичной продажи — BGB. 1147.

3) Такой результатъ достигается при помощи ипотеки собственника или вотчиннаго долга собственника, возникающихъ въ силу закона, именно, съ цѣлью воспрепятствовать нарушенію качественной опредѣленности залогового права — ср. Gierke, Deutsches Privatrecht II, S. 857 flg., 919 flg., Dernburg, Sachenrecht, S. 720 flg., Wolff, Sachenrecht, S. 511 flg., Kober, Sachenrecht ad 1163, S. 845 flg. Ср. также сказанное по этому поводу въ трудѣ, замѣчательномъ, именно, тѣмъ, что въ немъ тщательно принимается во вниманіе то развитіе, которое получило германское ипотечное право на практикѣ въ виду господствующихъ экономическихъ условій — Nussbaum, Deutsches Hypothekenwesen, S. 56 flg.: „Der gesetzliche Grundsatz vom Aufrücken der nachstehenden Hypothekare ist hiernach praktisch fast ganz beseitigt. Es bleibt, abgesehen von einer Löschung, die der Eigentümer selbst bewilligt, hauptsächlich der Fall der mangelnden Einigung über die Begründung der Hypothek. Aber auch wenn hier der Nachstehende im Hinblick auf die Nichtigkeit der vorgehenden Belastung zunächst aufrückt, so entsteht doch die Frage, ob er nicht im Hinblick auf die zwischen ihm und dem Eigentümer getroffene Abrede nach Treu und Glauben dem Eigentümer gegenüber als verpflichtet angesehen werden muss, wieder zurückzutreten. Der Regel nach wird diese Frage bejaht werden müssen . . .“

4) О кажущихся отступленіяхъ германскаго уложенія отъ этого принципа, имѣющихъ, однако, лишь терминологическій характеръ, см. Wolff, Sachenrecht. S. 452 flg. Ср. впрочемъ также Müller-Erbach, Rela-

приходится сомнѣваться въ томъ, что соотношеніе между обязательственнымъ требованіемъ и ипотекой по германскому уложенію совершенно совпадаетъ съ изложенною выше конструкціей<sup>1)</sup>.

Что же касается уложенія швейцарскаго, то тутъ позволительно говорить уже о полномъ совпаденіи его легальной конструкціи съ изложенною выше. Его залоговое право даже по воззрѣнію самихъ редакторовъ уложенія является правомъ на количественно и качественно опредѣленную долю цѣнности недвижимости<sup>2)</sup>. Никакихъ сомнѣній не возбуждаетъ и вопросъ о соотношеніи между залогомъ и обязательственнымъ требованіемъ<sup>3)</sup>. И единственное затрудненіе получается благодаря нѣкоторымъ не совсѣмъ удачнымъ оборотамъ, намекающимъ на имѣющееся будто бы признаніе

---

tivität der Begriffe, Jherings Jahrbücher 1912, 4/6, S. 354 о картинныхъ выраженіяхъ въ законодательствѣ. Въ качествѣ примѣра приводится BGB. 1113, говорящая, что слѣдуетъ платить опредѣленную сумму изъ недвижимости („eine bestimmte Geldsumme . . . aus dem Grundstück zu zahlen ist“). Лишь изъ ст. 1147 можно усмотрѣть, въ чемъ заключается истинный смыслъ этого оборота: вѣритель получаетъ удовлетвореніе путемъ публичной продажи. — Въ русской литературѣ эта сторона вопроса затронута у Базанова, Происхожденіе современной ипотеки, стр. 393 сл. и у Кассо, Понятіе о залогѣ, стр. 194 сл., 243 сл., причемъ первый изъ нихъ защищаетъ точку зрѣнія, принятую въ текстѣ, между тѣмъ какъ второй признаетъ наличность обязанности собственника обремененной недвижимости.

1) Ср. приведенную выше, стр. 13 прим. 2, литературу по вопросу объ акцессорности ипотеки.

2) ZGB. 813, Erläuterungen III, S. 187, 245 flg. Cp. Gierke, Deutsches Privatrecht II, S. 858, Wieland, Sachenrecht ad 813, Tuor, Das neue Recht, S. 477 flg., Rümelin, Der Vorentwurf zu einem ZGB., S. 123 flg. Достойно вниманія, впрочемъ, то, что по швейцарскому уложенію, ст. 815, въ противоположность германскому BGB. 1177, 1197, въ случаѣ публичной продажи ипотека или вотчинный долгъ собственника, а равно свободныя мѣста въ скалѣ обремененій не принимаются въ соображеніе. Объясняется это, очевидно, нежеланіемъ составителей ZGB. признавать за личными вѣрителями собственника преимущество передъ залоговыми.

3) ZGB. 824, 842, 866. Cp. Wieland, Sachenrecht, S. 286 flg., 289 flg., Tuor, Das neue Recht, S. 484 flg., Rümelin, der Vorentwurf, S. 124 flg.

обязанностей собственника обремененной недвижимости<sup>1)</sup>. Но это обстоятельство не оказало влияния на существо права, которое, напротивъ, и тутъ является чистымъ правомъ присвоения<sup>2)</sup>. Въ виду этого вполне допустимо считать упомянутые обороты лишь редакционными промахами, неизбежными даже въ уложеніи столь высокаго достоинства, какимъ является уложеніе швейцарское.

При такомъ положеніи дѣла, едва ли будетъ слишкомъ смѣлымъ утвержденіе, что новѣйшимъ законодательствамъ удалось окончательно развить и установить понятіе залога, возбуждавшее горячіе споры въ продолженіе столь долгаго времени.

## II. Залогъ въ проектѣ ВУ.

### § 51. Исходныя точки составителей проекта.

Къ сожалѣнію, нельзя не сказать съ самого начала, что составители проекта были далеки отъ сознательнаго построения залога на основаніи современныхъ идей. Это относится, прежде всего, къ редакціонной комиссіи. Но, вмѣстѣ съ тѣмъ, необходимо признать, что именно ее приходится винить въ этомъ меньше всего. Въ то время, когда она приступала къ работѣ, господствующее въ наукѣ мнѣніе еще вовсе не было склонно признавать залоговое право тѣмъ, что оно есть т. е. абсолютнымъ правомъ на цѣнность вещи. Въ то

---

1) Ср. ZGB. 795, говорящую о Zinspflicht, 851 — о Schuldner по вотчинному долгу, 861 — объ обязанности должника по оборотной ипотеки и вотчинному долгу совершать уплату въ мѣстѣ жительства вѣрителя.

2) Это неизбежно вытекаетъ изъ того, что единственнымъ искомъ управомоченнаго является залоговой искъ о производствѣ публичной продажи. Wieland, Sachenrecht, S. 290, правда, настаиваетъ на признаніи особаго вещнаго долга собственника. Но такъ какъ онъ никакихъ самостоятельныхъ аргументовъ въ пользу этого мнѣнія не приводитъ, а опирается всецѣло на литературу германскаго права, то, въ опроверженіе его мнѣнія достаточно ссылки на сказанное по этому вопросу выше, въ § 48.

время не могъ даже считаться законченнымъ споръ о вещномъ или обязательственномъ характерѣ залога, а въ пользу новой теоріи раздавались лишь отдѣльные голоса, оставшіеся, повидимому, совершенно неизвѣстными редакціонной комиссіи. Намѣчавшіеся же въ законодательствѣ нѣкоторыхъ германскихъ территорій зачатки современнаго построения залога были теоретически еще недостаточно разработаны.

Слѣдуетъ добавить, что и наше дѣйствующее гражданское право не представляло благопріятнаго базиса для смѣлыхъ новыхъ построеній. Достаточно извѣстно, что нормировка залогового права въ X томѣ далеко неудовлетворительна и что, въ частности, даже вещный — по господствующей терминологіи — характеръ его подвергается сомнѣнію. При такихъ условіяхъ болѣе чѣмъ понятно, что комиссія, находясь, къ тому же, подъ вліяніемъ западно-европейскихъ научныхъ теченій, обратила вниманіе, прежде всего на эту сторону дѣла и пожелала установить въ первую голову, что залоговое право есть, именно, право вещное. Это было необходимо не только въ теоретическихъ видахъ, но еще въ большей степени для того, чтобы дать собственнику заложенной недвижимости возможность распоряжаться своимъ имѣніемъ.

Но въ работахъ комиссіи замѣчается, кромѣ того, по нѣкоторымъ вопросамъ уже сознательное стремленіе къ извѣстной осторожности. Это обстоятельство равно помѣшало введенію въ проектъ мыслей, которыя въ то время могли показаться еще новыми и необычными, между тѣмъ какъ за послѣднія двадцать лѣтъ онѣ успѣли пріобрѣсти полное право гражданства въ законодательствѣ и наукѣ. Это относится, между прочимъ, къ институтамъ вотчиннаго долга и ипотеки собственника и къ системѣ сохраненія мѣста въ противоположность системѣ сохраненія старшинства для предстоящаго залога.

Въ результатѣ получилась конструкція залога, добро-

совѣстно выработанная, но чуждая всякаго творчества. Примѣры иностранныхъ законодательствъ тщательно использованы, ученія наиболѣе авторитетныхъ теоретиковъ приняты въ соображеніе. Но новыя идеи, уже зародившіяся къ тому времени и, такъ сказать, носившіяся въ воздухѣ, членами редакціонной комиссіи не были схвачены и утилизированы.

Однако, несмотря на все это, можно было бы не возражать противъ выставленнаго въ проектѣ ВУ. понятія залогового права, если бы проектъ сталъ закономъ въ свое время, т. е. вскорѣ послѣ составленія его редакціонною комиссіею. Но это не сбылось. А за два десятилѣтія, прошедшія со времени опубликованія перваго проекта, въ которомъ всѣ основныя мысли уже были окончательно установлены, имѣлась, разумѣется, возможность использовать прогрессъ науки и законодательной техники и придать проекту новый обликъ. Но особая комиссія, какъ извѣстно, не считала своей задачей критиковать и измѣнять проектъ съ точки зрѣнія конструктивной. Поэтому онъ вышелъ изъ ея рукъ совершенно неизмѣненнымъ именно въ этомъ отношеніи. А министерство юстиціи, со своей стороны, сдѣлало лишь выборку между мнѣніями большинства и меньшинства комиссіи. Къ вопросамъ же, не возбуждившимъ разногласій въ средѣ послѣдней, оно не дотрагивалось. Не затронуло оно и вопроса о конструкціи залогового права<sup>1)</sup>.

При такихъ условіяхъ, неудивительно, если въ проектѣ проявляется воззрѣніе на сущность залога, которое въ 90-ыхъ годахъ минувшаго столѣтія еще могло считаться современнымъ, но которое нынѣ должно быть признано устарѣвшимъ. Правда, ближайшее изслѣдованіе нормъ проекта покажетъ, что принятыя составителями его исходныя точки не настолько отразились на самомъ проектѣ, чтобы нельзя было построить болѣе удовлетворительное понятіе о залогѣ по проекту ВУ., чѣмъ то, которое имѣли въ виду они.

1) Ср. выше, т. I, §§ 8, 9.

## § 52. Вещность залога.

Итакъ, необходимо считаться съ фактомъ, что конструктивная сторона залогового права была очерчена окончательно уже въ первой стадіи составленія проекта.

Сама редакціонная комиссія, какъ уже было отмѣчено, выдвигала на первый планъ вещьность залогового права. И по отношенію именно къ этому моменту Объясненія<sup>1)</sup> подчеркиваютъ, что „та или другая исходная точка зрѣнія на залоговое право такъ глубоко затрагиваетъ всѣ стороны этого права, такъ сильно отражается на всѣхъ важнѣйшихъ вопросахъ, изъ него вытекающихъ, что она не можетъ не оказывать вліянія на всю совокупность законоположеній, касающихся залога“.

Несмотря на это, въ текстѣ проекта не упоминается прямо объ этой чертѣ залогового права. Но она явствуется, по вполнѣ правильному замѣчанію Объясненій<sup>2)</sup>, уже изъ ст. 1 ВУ., называющей въ числѣ вотчинныхъ правъ также и право залоговое. Кромѣ того, ст. 46, дающая легальное опредѣленіе залога, особо упоминаетъ о *droit de suite*, говоря, что залогъ „даетъ кредитору, въ случаѣ неисполненія должникомъ его обязательства, право на удовлетвореніе изъ заложенного имѣнія, въ чьихъ бы рукахъ оно ни находилось“. Правда, *droit de suite* нельзя считать особымъ самостоятельнымъ правомъ и если пользуются этимъ терминомъ, то это объясняется лишь удобствомъ и выразительностью его. Само по себѣ, *droit de suite*, разумѣется, есть ни что иное, какъ правомочіе, вытекающее изъ вещнаго или, вѣрнѣе, абсолютнаго характера залогового права. А по существу вопроса, противъ воззрѣнія комиссіи на залогъ, какъ на право вещное, приходится выставить тотъ же аргументъ который умѣстенъ вообще по этому вопросу, т. е. прихо-

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 268, 1896 г. I, стр. 285.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 270 сл., 1896 г. стр. 287 сл.

дится указать на фактъ, что залогъ по праву проекта уже не даетъ вѣрителю никакого непосредственнаго господства надъ заложенною недвижимостью.

Но какъ бы то ни было, залогъ признается проектомъ правомъ вещнымъ. Отсюда Объясненія <sup>1)</sup> дѣлають дальнѣйшій выводъ, что залогъ долженъ быть правомъ недѣлимымъ, т. е. что онъ „обнимаетъ собою нераздѣльно все имѣніе, имъ обремененное“.

Это утвержденіе можетъ быть понимаемо двояко. Можно, во-первыхъ, понимать недѣлимость какъ качество, въ силу котораго, говоря словами Объясненій, залогъ „продолжаетъ тяготѣть на этомъ имѣніи, какъ цѣломъ, во все время своего существованія, а слѣдовательно, и даже тогда, когда дѣло идетъ объ удовлетвореніи лишь ничтожнаго остатка требованія“. Дѣйствительно, это качество, присущее залогу. Однако, оно нисколько не вытекаетъ ни изъ сущности залога, ни, въ частности, изъ того, что онъ является правомъ вещнымъ. Напротивъ, само по себѣ вполнѣ мыслимо пропорціональное съ погашеніемъ долга освобожденіе идеальныхъ частей заложенной вещи отъ обремененія. Но такое положеніе дѣлъ въ общемъ такъ мало отвѣчаетъ интересамъ кредиторовъ и можетъ привести къ такимъ осложненіямъ, что уже римское право презюмировало недѣлимость залога, предоставляя, однако, сторонамъ соглашаться о его дѣлимости <sup>2)</sup>. Иначе обстоитъ дѣло по современному вотчинному праву. Тутъ въ интересахъ ясности и наглядности книги можетъ быть допущено лишь обремененіе недвижимости какъ одного цѣлага. А поэтому тутъ залогъ дѣйствительно долженъ обладать недѣлимостью. Но это требованіе вызывается, именно, практическими соображеніями, а не самимъ существомъ залога <sup>3)</sup>.

1) Объясненія 1893 г., I, стр. 271, 1896 г., стр. 289.

2) Ср. Dernburg, Pfandrecht II, S. 28 flg.

3) Поэтому и допускается, опять таки въ практическихъ видахъ,

Однако, подъ недѣлимостью можно разумѣть также и нѣчто иное. Дѣло въ томъ, что вещное право безспорно должно охватывать всю обремененную имъ вещь. Оно не можетъ быть прикрѣплено къ одной качественно опредѣленной долѣ вещи или цѣнности вещи, хотя оно и можетъ быть снабжено опредѣленнымъ старшинствомъ благодаря тому, что ему приходится уступать передъ другимъ, ранѣе установленнымъ вещнымъ правомъ того же содержания. Въстѣ съ тѣмъ, однако, отпаденіе предыдущаго права должно привести къ отпаденію подобнаго ограниченія и къ развитію даннымъ вещнымъ правомъ своей полной и абсолютной силы<sup>1)</sup>.

Слѣдовательно, если считать залогъ правомъ вещнымъ и если признавать, поэтому, что онъ распространяется недѣлимо на всю вещь, то логически быть не можетъ прикрѣпленія его къ опредѣленному мѣсту или, выражаясь иначе, надѣленія его опредѣленнымъ разъ на всегда старшинствомъ. Но, съ другой стороны, такая постановка вопроса дѣлаетъ невозможнымъ выполненіе одного изъ самыхъ насущныхъ требованій современнаго кредитнаго оборота.

Между тѣмъ, редакціонная комиссія считаетъ недѣлимость залога и въ этомъ второмъ смыслѣ чѣмъ то необходимымъ — что вполне логично при избранной ею конструкціи залога, но что должно привести къ неудовлетворитель-

---

исключеніе, если недвижимость состоитъ въ собственности нѣсколькихъ лицъ — ср. ВУ. 48, см. ниже, § 56. Въ противномъ случаѣ это исключеніе не могло бы быть оправдываемо.

1) Указаніе на то, что римское право, съ одной стороны, признавало залогъ вещнымъ правомъ, а съ другой, допускало и ипотеку собственника и *successio hypothecaria* не опровергаетъ сказаннаго въ текстѣ. Оба института находятся въ явномъ противорѣчьи съ римско-правовою конструкціей залога, устранить которое не удалось до сихъ поръ, несмотря на многочисленныя предпріятыя въ этомъ направленіи попытки. А такъ какъ потребности жизни вынудили юристовъ признать эти институты, то остается только или считать ихъ противопринципными аномальностями или же конструировать залогъ и по римскому праву не какъ право вещное, а какъ право абсолютное.

нымъ результатамъ, не говоря уже о томъ, что совершенно послѣдовательное проведеніе этой мысли прямо невозможно. Именно, излагая признанныя въ современныхъ законодательствахъ системы сохраненія старшинства, комиссія говоритъ<sup>1)</sup> по отношенію къ одной изъ нихъ, къ системѣ мекленбургской, что она „выдвигаетъ особое понятіе о мѣстѣ и о старшинствѣ, совершенно оторванномъ отъ залога, противорѣчащее тому началу, по которому залогъ обнимаетъ собою нераздѣльно все имѣніе, на которомъ онъ установленъ“. Но, со своей стороны, редакціонная комиссія вводитъ въ проектъ отмѣтку о сохраненіи старшинства для предстоящаго залога<sup>2)</sup> и кромѣ того придаетъ значеніе такой же отмѣтки статьѣ о погашенномъ залогѣ<sup>3)</sup>. Другими словами, она равно признаетъ прикрѣпленіе залога къ опредѣленному старшинству, но пользуется при этомъ менѣе совершеннымъ средствомъ.

Въ оправданіе же подобныхъ предположеній комиссія говоритъ<sup>4)</sup>, что это есть средство „болѣе осторожное, болѣе гарантирующее будущихъ кредиторовъ отъ злоупотребленій со стороны собственника и потому менѣе опасное“. А кромѣ того, отмѣтка о сохраненіи старшинства „сама по себѣ представляетъ одно только пустое мѣсто, не составляетъ обремененія имѣнія, пока не будетъ восполнена соотвѣтствующимъ внесеніемъ залогового требованія“<sup>5)</sup>.

Ясно, что комиссія, отвергнуши мекленбургскую систему по конструктивнымъ соображеніямъ, тутъ уже переноситъ вопросъ въ другую плоскость. Она отказывается отъ конструктивнаго обоснованія принятаго рѣшенія и выдвигаетъ

---

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 367. 1896 г. I, стр. 378. Ср. Ж. О. К., стр. 151 сл.

2) ВУ. 68 сл. Ср. ниже, § 71.

3) ВУ. 108. Ср. ниже, §§ 59, 60.

4) Объясненія 1893 г. I, стр. 371, 1896 г. I, стр. 381.

5) Ср. обо всемъ этомъ ниже, § 69 сл., а также § 95.

моментъ цѣлесообразности. Въ крайнемъ случаѣ, можно признать, что имѣется нѣкоторый намекъ на конструктивныя соображенія въ указаніи на создаваемое посредствомъ отмѣтки „пустое мѣсто“. Но чѣмъ же является это пустое мѣсто, которое создается иногда по соглашенію собственника съ однимъ изъ вѣрителей, а иногда возникаетъ въ силу закона, благодаря погашенію залога? Вѣдь въ сущности, оно есть ни что иное, какъ средство для обхода выставленнаго столь рѣшительно самою комиссіей принципа о распространеніи залога на всю недвижимость. Другими словами, признаніемъ возможности создать подобное пустое мѣсто признается и фактъ, что ипотека, несмотря на увѣренія комиссіи, все же прикрѣплена къ опредѣленному старшинству и опредѣленному мѣсту, т. е. что она не охватываетъ всей недвижимости.

Не можетъ быть спора о томъ, что подобное прикрѣпленіе въ той или другой формѣ совершенно необходимо. Но именно эта необходимость и не позволяетъ конструировать залоговое право какъ право вещное, простирающее свою силу на всю вещь. Если же редакціонная комиссія это дѣлаетъ, то остается лишь признать, во-первыхъ, что исходная точка ея конструкціи избрана неудачно, а во-вторыхъ, что сама конструкція не проведена послѣдовательно — хотя эта непослѣдовательность неизбежна для достиженія цѣлесообразныхъ практическихъ результатовъ.

### § 53. Придаточность залога.

Столь же большое значеніе, какъ вещности залога, комиссія придаетъ его аксессуарности. Этотъ признакъ подчеркивается даже въ легальномъ опредѣленіи залога, даваемомъ въ ст. 46: „Залогъ есть обезпеченіе денежнаго требованія недвижимымъ имѣніемъ“, и редакціонная комиссія кладетъ неоднократно именно этотъ моментъ въ основаніе

своихъ разсужденій. Она, въ частности, настаиваетъ<sup>1)</sup> на безусловной зависимости залога отъ обязательственнаго требованія: установленіе залога предполагаетъ наличность требованія; всякаго рода ограниченія, коими обставлено требование, простираются и на обезпечивающій его залогъ; пространство и сила залога обусловливаются пространствомъ и силою требованія; недѣйствительность требованія влечетъ за собою и недѣйствительность залога.

Въ связи съ этимъ, редакціонная комиссія рѣшительно отклоняетъ институтъ вотчиннаго долга, правда, не столько по конструктивнымъ соображеніямъ, сколько по мотивамъ цивильно - политическимъ, т. е. изъ опасенія мобилизаціи недвижимости<sup>2)</sup>. Но если считать акцессорность необходимымъ свойствомъ залога, то абстрактное обремененіе недвижимости является, очевидно, немыслимымъ также и съ логической точки зрѣнія. Съ другой стороны, однако, нельзя не поставить слѣдующаго вопроса: если комиссія придаетъ акцессорности столь абсолютное значеніе, то какъ же она нормируетъ оборотную ипотеку, необходимость признанія которой, съ точки зрѣнія интересовъ оборота, не подлежитъ сомнѣнію? Въѣтъ тутъ акцессорность можетъ проводиться только въ отношеніяхъ между собственникомъ и первымъ кредиторомъ, между тѣмъ какъ добросовѣстный и возмездный третій пріобрѣтатель ипотеки долженъ пользоваться защитой публичной вѣры вотчинной книги.

Принципіальнаго рѣшенія этого вопроса комиссія не даетъ ни въ самомъ текстѣ проекта, ни въ Объясненіяхъ. Въ послѣднихъ, напротивъ, неоднократно подчеркивается абсолютная сила принципа акцессорности. Не признается даже принципіальнаго различія между двумя выставляемыми проектомъ видами ипотеки, обезпечительной и оборот-

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 271 сл., 485 сл., 1896 г. I, стр. 289 сл., 487 сл.

2) Ср. ниже, § 67.

ной и при случаѣ комиссія особо указываетъ на то, что оба эти вида однородны и одинаково акцессорны<sup>1)</sup>. Но, вмѣстѣ съ тѣмъ, тутъ наблюдается то же самое явленіе, о которомъ пришлось говорить уже по поводу другой отличительной черты конструкціи, данной залоговому праву комиссіей, а именно, по поводу вещнаго его характера.

Дѣло въ томъ, что редакціонная комиссія и тутъ на словахъ строго поддерживаетъ выставленный ею принципъ, но что она одновременно отступаетъ фактически отъ него настолько, насколько это является необходимымъ въ практическихъ видахъ. Она, слѣдовательно, съ потребностями жизни считается, но не желаетъ признавать принципиальнаго значенія за вызванными ими отступленіями. А потому она и не заботится о выработкѣ конструкціи, которая дѣйствительно отвѣчала бы характеру, приобретаемому ипотекой благодаря подобнымъ отступленіямъ.

Это проявляется въ двухъ отношеніяхъ.

Во-первыхъ, ст. 107<sup>2)</sup> постановляетъ, что при взысканіи по залогу собственникъ можетъ предъявлять всякаго рода возраженія противъ первоначальнаго кредитора. Что же касается третьихъ лицъ, то, въ случаѣ добросовѣстнаго и возмезднаго приобрѣтенія ими залогового требованія, противъ нихъ могутъ быть предъявляемы только такія возраженія, которыя явствуютъ изъ вотчинной книги или изъ залогового акта.

Сюда же относится постановленіе ст. 110. Оно покоится на томъ, что проектъ проводить грань между прекращеніемъ залога и погашеніемъ его. При этомъ, не говорится прямо, когда, именно, наступаетъ первое. Но изъ сопоставленія ст. 108 съ ст. 110 явствуетъ, что залоговое право признается прекратившимся въ зависимости отъ прекращенія требова-

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 488, 1896 г. I, стр. 491.

2) Ст. 107 разбирается *ex professo* ниже, въ §§ 63 и 82.

нія и что прекращеніе залога, со своей стороны, служить основаніемъ для погашенія его въ вотчинной книгѣ<sup>1)</sup>.

Слѣдовательно, и здѣсь подчеркивается принципъ акцессорности. Но, вмѣстѣ съ тѣмъ, ст. 110 оговариваетъ, что собственникъ, „который въ силу платежа или иного основанія имѣлъ право требовать погашенія залога въ вотчинной книгѣ, но не принялъ необходимыхъ къ тому мѣръ, не можетъ предъявлять возраженія о прекращеніи залога противъ третьяго лица, добросовѣстно и возмездно пріобрѣтшаго залоговое требованіе, если въ вотчинную книгу до передачи залогового требованія не была внесена отмѣтка о погашеніи залога“. Другими словами, тутъ оговаривается вторично, что противъ добросовѣстнаго и возмезднаго пріобрѣтателя правъ по залогоу не могутъ быть предъявлены возраженія, которыя не явствуютъ изъ вотчинной книги или изъ залогового акта.

Ясно, что ст. 110, не говоря даже о редакціонныхъ ея недостаткахъ, совершенно излишня, такъ какъ она лишь повторяетъ, въ примѣненіи къ частному случаю, сказанное уже въ ст. 107. Но независимо отъ этого, слѣдуетъ сказать, что проектъ ВУ. относится къ выставленному въ этихъ двухъ статьяхъ правилу какъ къ исключенію изъ общей нормы, котораго могло бы и не быть. Между тѣмъ, оно выражаетъ основную мысль, на которой покоится весь институтъ оборотной ипотеки. Но благодаря формулировкѣ, избранной нашимъ проектомъ, получается впечатлѣніе, что ограниченіе возраженій противъ третьяго пріобрѣтателя не вытекаетъ изъ самой сущности оборотной ипотеки, а, напротивъ, является результатомъ случайной положительной нормы. И такое впечатлѣніе поддерживается Объясненіями, которыя неоднократно подчеркиваютъ акцессорность залога и изображаютъ ее чѣмъ то, не подлежащимъ сомнѣнію и

1) Ср. объ этомъ ниже, § 59.

проявляющимся при всѣхъ условіяхъ. Правда, въ постановленныхъ Объясненіяхъ къ ст. 107 <sup>1)</sup> и 110 <sup>2)</sup> имѣются вполне правильныя ссылки на принципы вотчинной системы, дѣлающіе неизбежными ограниченіе возраженій. Но это можетъ лишь ослабить общее впечатлѣніе, а не уничтожить его.

А далѣе, нельзя не сказать, что эти двѣ статьи, при рѣзкомъ подчеркиваніи, въ общемъ, акцессорнаго характера залога, въ состояніи вызвать и другія недоразумѣнія. Если, именно, требованіе прекратилось, а залогъ сохраняется въ силѣ на основаніи ст. 107 и 110, то спрашивается, можетъ ли онъ быть признаваемъ залогомъ въ тѣсномъ смыслѣ слова? Очевидно, что отвѣтъ долженъ быть данъ отрицательный. Разъ залогъ продолжаетъ существовать внѣ зависимости отъ обязательственнаго требованія, то на лицо имѣется уже не ипотека, а напротивъ, абстрактное обремененіе недвижимости, т. е. именно тотъ вотчинный долгъ, который отклоняется столь рѣшительно редакціонною комиссіей во имя принципа акцессорности. Можно было бы, разумѣется, утверждать, что *propter pignus remanet obligatio*. Но это было бы фикціей, не только не имѣющей ни малѣйшей опоры въ текстъ проекта ВУ., но и, кромѣ того, лишенной всякаго содержанія. Ибо будто бы сохранившееся обязательственное требованіе все равно никакого дѣйствія не оказывало бы.

Въ виду изложеннаго приходится сказать, что, по отношенію къ оборотной ипотецѣ, акцессорность залога имѣетъ по проекту столь же условное значеніе, какое она имѣетъ по современнымъ кодексамъ. Т. е. она признается лишь настолько, насколько она можетъ быть согласована съ принципами вотчинной системы. Въ случаѣ же столкновенія между принципомъ акцессорности съ одной стороны

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 502 сл., 1896 г. I, стр. 503 сл.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 513 сл., 1896 г. I, стр. 515 сл.

и принципомъ публичной вѣры съ другой, уступаетъ принципъ акцессорности и ипотека превращается въ вотчинный долгъ, т. е. въ абстрактное и самостоятельное, отнюдь не акцессорное обремененіе недвижимости<sup>1)</sup>.

Въ связи съ этимъ необходимо указать еще и на слѣдующее: ст. 101,2 признаетъ отпаденіе личного иска залогового вѣрителя, если онъ, въ случаѣ отчужденія недвижимости, не былъ предъявленъ противъ первоначальнаго должника въ теченіе трехъ лѣтъ по наступленіи срока<sup>2)</sup>.

Въ этой нормѣ нельзя не видѣть установленія сокращенной давности для обеспеченнаго залогомъ обязательственного требованія. Не говоря пока о цѣлесообразности ея, слѣдуетъ, во всякомъ случаѣ, признать, что ею выдвигается дальнѣйшее отступленіе отъ принципа акцессорности и признаніе дальнѣйшаго случая превращенія ипотеки въ вотчинный долгъ.

Но, кромѣ того, въ проектѣ ВУ. имѣется еще второе, неизвѣстное западнымъ кодексамъ нарушеніе принципа акцессорности. Оно заключается въ томъ, что отвѣтственность должника по залогоу ограничивается заложеннымъ имѣніемъ, если вѣрителемъ является кредитное учрежденіе<sup>3)</sup>. Если же таковымъ является частное лицо, то и тогда происходитъ нѣкоторое суженіе правъ вѣрителя: онъ долженъ предварительно произвести взысканіе съ заложенной недвижимости. И лишь послѣ того, какъ онъ не получилъ такимъ путемъ полного удовлетворенія, онъ можетъ обратить взысканіе на остальное имущество должника<sup>4)</sup>.

1) Притомъ такое положеніе дѣлъ можетъ наступить какъ вслѣдствіе первоначальной недѣйствительности, такъ и вслѣдствіе прекращенія обязательственного требованія. Ибо и въ первомъ случаѣ, возраженія, не являющіяся изъ книги или акта, имѣютъ значеніе только между контрагентами. При возмездномъ же приобрѣтеніи залога третьимъ добросовѣстнымъ лицомъ, онъ превращается въ вотчинный долгъ.

2) Ср. ниже, § 87.

3) ВУ. 104.

4) ВУ. 101.

Само собой разумѣется, однако, что и это относится лишь къ оборотной ипотеки и что обезпечительная остается этимъ незатронутою <sup>1)</sup>.

Ближайшій разборъ этихъ статей будетъ предпринять въ своемъ мѣстѣ <sup>2)</sup>. Но уже теперь слѣдуетъ сказать, что онѣ во всякомъ случаѣ противорѣчатъ воззрѣнію на залоговое право, какъ на право акцессорное. Если бы оно являлось таковымъ, то оно, очевидно, не было бы въ состояніи вліять на судьбы обязательственнаго требованія и вытекающаго изъ него личнаго иска. Между тѣмъ, оно при залогѣ въ кредитныхъ учрежденіяхъ совершенно поглощаетъ послѣдній, а въ остальныхъ случаяхъ отбѣсняетъ его на второй планъ и приводитъ къ признанію за нимъ лишь субсидіарнаго значенія.

Въ матеріалахъ къ проекту нельзя найти оправданія этой непослѣдовательности. Объясняя соотвѣтствующія статьи, редакціонная комиссія <sup>3)</sup>, напротивъ, настаиваетъ на строго акцессорномъ характерѣ залога и даже пользуется этимъ случаемъ для утвержденія, что оборотный залогъ ничѣмъ не отличается отъ обезпечительнаго. Однако, все это направлено лишь противъ предположеній, высказанныхъ въ Главныхъ Основаніяхъ и сводящихся къ установленію исключительно реальной отвѣтственности. Но, доказавъ, что подобное ограниченіе отвѣтственности противорѣчитъ природѣ залогового права, комиссія уже безъ всякаго конструктивнаго обоснованія устанавливаетъ строго предметную отвѣтственность по залогу въ кредитномъ учрежденіи, утверждая при этомъ, что это есть единственное исключеніе изъ общаго правила. Для частной же оборотной ипотеки она признаетъ примарную отвѣтственность недвижимости съ субсидіарною

1) ВУ. 103.

2) Ср. ниже, §§ 82, 83 сл.

3) Объясненія 1893 г. I, стр. 484 сл., 1896 г. I, стр. 487 сл.

лишь отвѣтственностью прочаго имущества должника. А вопросъ о томъ, согласуются ли эти постановленія съ акцессорною природой залога, по этому поводу даже не ставится. Не ставится онъ и въ весьма пространной по этому вопросу аргументаціи большинства членовъ (особой комиссіи<sup>1)</sup>).

При такомъ положеніи дѣла необходимо признать, что акцессорность залога по проекту ВУ. подвержена еще одному и притомъ весьма значительному ослабленію. Благодаря этому, оборотная ипотека, проявляясь въ формѣ залога въ кредитныхъ учрежденіяхъ, является, въ сущности, чѣмъ то среднимъ между ипотекой и вотчиннымъ долгомъ. Личный искъ вѣрителя совершенно отпадаетъ, а самое требованіе сохраняетъ значеніе для залога лишь по отношенію къ дѣйствительности его — если только не отпадаетъ и это значеніе его въ силу принципа публичной вѣры<sup>2)</sup>. Что же касается частной оборотной ипотеки, то тутъ наступаетъ лишь нѣкоторое оттъсненіе обязательственнаго требованія, выражающееся въ низведеніи иска, вытекающаго изъ него, на степень иска субсидіарнаго.

#### § 54. Конструкція залога по проекту ВУ.

Итакъ, въ результатѣ всего сказаннаго, приходится признать, что редакціонная комиссія своей конструкціи залога какъ права вещнаго и строго акцессорнаго не провела. Подъ давленіемъ требованій оборота ей пришлось отступить отъ своихъ исходныхъ точекъ и конструировать залогъ, хотя бы и противъ собственной воли, такъ же, какъ конструируютъ

1) Ж. О. К., стр. 193 сл.

2) Правда, слѣдуетъ отмѣтить, что принципъ публичной вѣры на практикѣ едва ли найдетъ примѣненіе къ банковской ипотеке, такъ какъ цессія таковой, по весьма понятнымъ причинамъ, въ уставахъ земельныхъ банковъ не предусматривается. Но оно все же мыслимо, хотя бы лишь въ исключительныхъ случаяхъ. А поэтому, съ теоретической точки зрѣнія, для выясненія конструкціи банковской ипотеки, слѣдовало коснуться и этого момента, несмотря на то, что онъ лишенъ практическаго значенія.

его другія современные законодательства, т. е. какъ абсолютное право на цѣнность вещи, устанавливаемое въ обезпеченіе обязательственнаго требованія, съ тѣмъ однако, что оно пріобрѣтаетъ самостоятельный и независимый отъ требованія характеръ, когда этого требуютъ принципы вотчинной системы. Наболѣе неудовлетворительно разрѣшенъ, при этомъ, вопросъ объ установленіи связи между залогомъ и качественно опредѣленными долями цѣнности недвижимости: цѣль достигается лишь въ несовершенной мѣрѣ и притомъ обходнымъ путемъ.

Въ противоположность же оборотной ипотеки, ипотека обезпечительная является такимъ же абсолютнымъ правомъ на цѣнность недвижимости, однако съ тѣмъ, что ея зависимость отъ обязательственнаго требованія не прекращается ни при какихъ условіяхъ.

Такой результатъ находится въ противорѣчій съ намѣреніями комиссіи. Но изложенная конструкція, тѣмъ не менѣе, отвѣчаетъ легальному опредѣленію, даваемому въ проектѣ. А именно, вещный характеръ залога въ ст. 46, какъ извѣстно, прямо не упоминается. Если же сказано, что залогъ „даетъ кредитору право на удовлетвореніе изъ заложеннаго имѣнія, въ чьихъ бы рукахъ оно ни находилось“, то это безспорно вполне совмѣстимо съ возрѣніемъ на залогъ, какъ на абсолютное право на цѣнность вещи или на долю цѣнности, причемъ, правда, этой долѣ не придается достаточной качественной опредѣленности. Что же касается акцессорности, то ст. 46 выражаетъ общій принципъ. И, несмотря на то, что онъ высказывается вполне категорически и что признаваемые проектомъ отступленія отъ него формулированы мало удачно, все же получается результатъ по существу удовлетворительный: акцессорность принципиально признается, но она, насколько дѣло идетъ объ ипотеки оборотной, уступаетъ при столкновеніи съ публичной вѣрой вотчинной книги.

При такихъ условіяхъ остается открытымъ лишь одинъ вопросъ: можно ли считать залогъ непосредственнымъ обремененіемъ недвижимости, изъ котораго вытекаетъ право присвоенія управомоченнаго или онъ является обремененіемъ, проходящимъ черезъ медиумъ собственника и возлагающимъ на послѣдняго извѣстныя обязанности?

Редакціонная коммиссія этого вопроса не ставила. Поэтому неудивительно, что нельзя найти на него отвѣтъ въ матеріалахъ къ проекту и что самый проектъ не выражается столь точно и опредѣленно, чтобы отвѣтъ вытекалъ непосредственно изъ его постановленій. Если же провѣрить отдѣльныя его нормы, то на первый взглядъ можетъ получиться впечатлѣніе, будто въ проектѣ имѣется намекъ на признаніе вещнаго долга, лежащаго на собственникѣ, какъ на таковомъ, независимо отъ того, является ли онъ одновременно и должникомъ по обязательственному требованію.

Сомнѣнія, именно, можетъ возбудить неоднократно употребляемое проектомъ выраженіе „залоговое требованіе“<sup>1)</sup>. Въ литературѣ встрѣчается даже предположеніе, что здѣсь имѣется отзвукъ, хотя и безсознательный, того воззрѣнія, по которому собственникъ обязанъ къ уплатѣ<sup>2)</sup>. Очень возможно, что это предположеніе, опирающееся, впрочемъ, на ст. 107 ВУ., правильно. Но, тѣмъ не менѣе, не приходится дѣлать отсюда какіе бы то ни было выводы. Ибо въ общемъ подъ терминомъ „залоговое требованіе“ разумѣется, какъ отмѣчено тѣмъ же писателемъ<sup>3)</sup>, ни что иное, какъ требованіе, обеспеченное залогомъ. А вліяніе указаннаго воззрѣнія ограничивается неудачной формулировкой ст. 107. Если же проектъ говоритъ *ex professo* о содержаніи правъ вѣрителя по залогу, то всегда указывается — и притомъ

1) ВУ. 50, 65, 69, 70, 71, 85 сл., 106, 107, 110.

2) Кассо, Понятіе о залогѣ, стр. 409 сл.

3) Тамъ же.

въ ясной исполнѣ редакціи — лишь на его право получить удовлетвореніе путемъ публичной продажи. И никакого права требованія, не говоря уже объ искѣ, противъ собственника заложенной недвижимости, какъ такового, за нимъ не признается. Это вытекаетъ съ ясностью, не допускающей никакихъ сомнѣній, прежде всего изъ ст. 46, дающей легальное опредѣленіе залога, а также изъ ст. 98, назначеніе которой состоитъ, именно, въ выясненіи правъ кредитора на удовлетвореніе. Въ обѣихъ статьяхъ говорится только объ удовлетвореніи изъ имѣнія, или, точнѣе, изъ цѣнности имѣнія. Если же въ послѣдней изъ этихъ двухъ статей сказано, что право на удовлетвореніе возникаетъ „по наступленіи срока платежа капитальной суммы или процентовъ“, то не можетъ быть сомнѣнія въ томъ, что рѣчь идетъ о срокѣ, назначенномъ по обязательственному требованію, обеспеченному ипотекой, и о платежѣ, къ которому обязанъ личный должникъ, какъ таковой<sup>1)</sup>).

Если же дѣло обстоитъ такъ, то необходимо признать наличность не обязанности, а лишь права собственника совершить уплату. А благодаря этому получается результатъ, что абсолютное право вѣрителя на цѣнность недвижимости по проекту ВУ. такъ же, какъ по уложеніямъ германскому и швейцарскому, есть право присвоенія.

Такимъ образомъ и въ этомъ отношеніи можно сказать, что проектъ представляетъ, помимо воли самихъ составителей, исполнѣ современное во всѣхъ существенныхъ чертахъ понятіе залогового права. Правда, безсознательность созиданія такого понятія отражается на достоинствахъ проекта, въ частности, на ясности его постановленій. Но нежелательныя послѣдствія реальнаго значенія можетъ имѣть развѣ его слишкомъ недовѣрчивое отношеніе къ системѣ опредѣленныхъ мѣстъ и къ институту ипотеки собственника.

1) То же самое относится къ ст. 99, говорящей о платежѣ по требованію.

По всѣмъ же прочимъ вопросамъ могли бы быть достигнуты вполне удовлетворительные результаты путемъ лишь редакціонной переработки соотвѣствующихъ постановленій<sup>1)</sup>.

1) Въ литературѣ до сихъ поръ обращено мало вниманія на вопросъ о конструкціи залога по проекту ВУ. Замѣчаніе г. Кассо о смыслѣ термина „залоговое требованіе“ уже упомянуто. Онъ же указываетъ, кромѣ того, при предпринятомъ имъ бѣгломъ разсмотрѣніи постановленій проекта, на то, что залогъ есть право не вещное, но абсолютное, что отвѣчаетъ общему воззрѣнію этого писателя на природу залога — см. Понятіе о залогѣ, стр. 410. Въ противоположность ему, г. Цвингманъ констатируетъ, также лишь мимоходомъ, что редакціонная коммиссія признаетъ залогъ правомъ вещнымъ и акцессорнымъ. Своего собственнаго мнѣнія г. Цвингманъ по этому поводу не высказываетъ — см. Вотчинная реформа и кредитныя учрежденія, Ж. М. Ю. 1900, 4, стр. 19 сл.

Больше вниманія возбудилъ вопросъ объ акцессорности залога. Между тѣмъ какъ г. Тютрюмовъ ограничивается констатированіемъ факта, что проектъ придаетъ ипотека характеръ акцессорный — см. Св. Зам., № 144, отзывъ юридическаго факультета Московскаго университета порицаетъ будто бы допущенное въ ст. 46 умолчаніе объ этомъ обстоятельстве — см. Св. Зам., № 142. Другіе писатели, напротивъ, констатируютъ признаніе акцессорности залога, оговариваясь, однако, что акцессорность нарушается ограниченіемъ отвѣтственности должника — см. Кассо, ук. соч., стр. 405 сл., 408, Базановъ, Вотчинный режимъ, стр. 270, 277. Ср. также Св. Зам., № 235.

Этимъ, однако, и ограничивается сказанное въ литературѣ по вопросу о конструкціи залога.

# Возникновеніе и прекращеніе залога.

---

## I.

### § 55. Принципъ внесенія и залоговое право.

Казалось бы, что вопросъ о возникновеніи и прекращеніи залогового права долженъ, при господствѣ вотчинной системы, рѣшаться въ высокой степени просто. Стоитъ лишь выяснить, какого отношенія къ принципу внесенія придерживается данное положительное право и никакихъ затрудненій быть не можетъ.

На дѣлѣ, однако, оказывается, что такое предположеніе не выполнѣ правильно. Правда, вопросъ о возникновеніи залога, при послѣдовательномъ къ нему отношеніи законодательства, не можетъ представлять серьезныхъ затрудненій. Необходимо лишь провести грань между возникновеніемъ или первоначальнымъ установленіемъ залога, съ одной стороны, и приобрѣтеніемъ третьимъ лицомъ уже возникшаго въ пользу одного лица залогового права, съ другой. Именно, такой переходъ существующаго уже залогового права къ новому управомоченному стоитъ совершенно особнякомъ. По всѣмъ современнымъ кодексамъ, а также по нашему проекту ВУ., онъ находится подъ дѣйствіемъ особыхъ нормъ<sup>1)</sup>. Это иначе и быть не можетъ, такъ какъ въ противномъ случаѣ

---

1) Ср. ниже, §§ 74 сл.

залогъ не могъ бы быть тѣмъ орудіемъ кредитнаго оборота, какимъ онъ долженъ служить въ народно-хозяйственныхъ цѣляхъ.

Но если имѣть, такимъ образомъ, въ виду лишь возникновеніе залога въ точномъ смыслѣ слова, то можно сказать, что, при принятіи новѣйшими уложеніями и нашимъ проектомъ принципъ относительной силы внесенія <sup>1)</sup>, для залога создается менѣе сложное положеніе, чѣмъ для прочихъ вотчинныхъ правъ. Последнія, какъ извѣстно, возникаютъ или путемъ внесенія соотвѣтствующей статьи въ вотчинную книгу на основаніи опредѣленныхъ юридическихъ сдѣлокъ или же независимо отъ внесенія въ силу опредѣленныхъ юридическихъ фактовъ. Что же касается залога, то, благодаря принципиальному отказу современныхъ законодательствъ отъ легальной ипотеки <sup>2)</sup>, по отношенію къ нему принципъ внесенія можетъ и долженъ проявляться съ абсолютной силой.

Съ другой стороны, слѣдуетъ замѣтить, что ученіе о возникновеніи залога, по сравненію съ ученіемъ о возникновеніи другихъ вотчинныхъ правъ, не осложняется и тѣмъ обстоятельствомъ, что современный залогъ въ главномъ своемъ видѣ, а по проекту ВУ. вообще, является въ моментъ установленія правомъ безусловно акцессорнымъ <sup>3)</sup>. Ибо если для дѣйствительности залога требуется дѣйствительность не только правооснованія, въ частности вотчиннаго договора объ установленіи залога, но также и дѣйствительность обеспечиваемаго обязательственнаго требованія, то въ области другихъ вотчинныхъ правъ имѣется къ этому нѣкоторая аналогія въ тѣхъ законодательствахъ, которыя приняли систему матеріальнаго договора <sup>4)</sup>.

1) Ср. выше, т. I, § 11.

2) О нѣкоторыхъ исключеніяхъ, допускаемыхъ современными уложеніями, см. ниже.

3) Ср. выше, §§ 49, 53.

4) Ср. выше, т. I, § 13.

Въ противоположность этому, вопросъ о прекращеніи залога является довольно сложнымъ. Правда, и тутъ законодательство, покоящееся на современныхъ принципахъ, не должно бы отказываться отъ принципа внесенія, согласно которому вотчинное право прекращается не иначе, какъ посредствомъ погашенія въ вотчинной книгѣ записи о немъ. Но здѣсь все же имѣется рядъ особенностей.

Для выясненія ихъ необходимо констатировать, что право залога какъ таковое, независимо отъ вотчинной системы, можетъ прекратиться по поводамъ двоякаго рода, а именно, во-первыхъ, по такимъ, которые касаются обязательственного требованія и, во-вторыхъ, по такимъ, которые затрагиваютъ самое право залога, оставляя въ силѣ обязательственное требованіе. Что касается случаевъ второй категоріи, то здѣсь имѣется на лицо полная аналогія къ прекращенію прочихъ вотчинныхъ правъ, между тѣмъ какъ въ случаяхъ первой категоріи проявляется акцессорная природа залога. Но какъ тутъ, такъ и тамъ необходимо имѣть въ виду, что прекращеніе залога имѣетъ, при извѣстномъ принципіальномъ взглядѣ на сущность его <sup>1)</sup>, нѣкоторыя послѣдствія, которыя являются въ высокой степени нежелательными и поэтому должны быть устранены. А именно, если считать залогъ, по примѣру и редакторовъ германскаго уложенія и составителей нашего проекта ВУ., правомъ вещнымъ, охватывающимъ самую вещь и притомъ всю вещь, то отпаденіе старшаго залогового права должно привести къ повышенію послѣдующихъ ипотекъ, другими словами, къ причиненію собственнику ничѣмъ неоправдываемаго ущерба, а съ другой стороны, къ необоснованному улучшенію позиціи младшихъ кредиторовъ. Правда, такой результатъ появляется лишь благодаря неправильному пониманію залога и швейцарское уложеніе, какъ извѣстно, избѣгаетъ его. Но съ нимъ все-

1) Ср. выше, §§ 48 сл.

таки слѣдуетъ считаться и нельзя не принимать мѣръ къ устраненію его.

Что касается, затѣмъ, въ частности, значенія прекращенія требованія, то, для достиженія удовлетворительныхъ результатовъ, необходимо отказаться отъ устарѣлыхъ вѣзвѣдовъ на сущность залога и исходить изъ положенія, что залогъ есть ничто иное, какъ право на опредѣленную долю цѣнности недвижимости, которое, притомъ, можетъ быть, само по себѣ, какъ самостоятельнымъ, такъ и поставленнымъ въ зависимость отъ обязательственнаго требованія. Далѣе, необходимо имѣть въ виду, что степень зависимости можетъ быть различная. Она можетъ быть абсолютной — тогда возникаетъ ипотека акцессорная или обезпечительная. Но она можетъ быть и относительной, въ каковомъ случаѣ имѣется на лицо ипотека обратная.

При обоихъ видахъ ипотеки прекращеніе требованія имѣетъ одно лишь непосредственное послѣдствіе: право на долю цѣнности освобождается отъ первоначальной зависимости и становится самостоятельнымъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ, однако, прерывается связь между правомъ и тѣмъ лицомъ, которое обладало имъ, такъ какъ эта связь устанавливалась, именно, обязательственнымъ требованіемъ. А благодаря этому, право на долю цѣнности становится безсубъектнымъ.

Создавшееся такимъ образомъ положеніе можетъ быть разрѣшено двоякимъ путемъ. Мыслимо, во-первыхъ, чтобы прекращеніе связи между правомъ и субъектомъ приводило къ непосредственному прекращенію самаго права. Слѣдуетъ признать, что, по общимъ принципамъ гражданского права, такое рѣшеніе является даже единственно правильнымъ. Но, съ другой стороны, оно противорѣчило бы принципамъ вотчинной системы. Принципъ внесенія, именно, требуетъ, чтобы внесенное въ вотчинную книгу право прекращалось только путемъ внесенія записи о погашеніи.

Наряду съ этимъ, принципъ публичной вѣры требуетъ, чтобы за внесеннымъ въ книгу управомоченнымъ лицомъ, въ интересахъ добросовѣстнаго оборота, сохранилась легитимация къ распоряженію даннымъ правомъ.

При такихъ условіяхъ, на первый планъ выдвигается второе изъ возможныхъ рѣшеній. Оно заключается въ томъ, что прекращеніе требованія признается лишь основаніемъ прекращенія залога и что послѣднее происходитъ исключительно путемъ погашенія записи о залогѣ. Въ виду этого, лишившееся субъекта право на долю цѣнности связывается съ лицомъ собственника недвижимости, какъ бы возвращаясь къ нему послѣ отпаденія того субъекта, которому оно было уступлено. Вмѣстѣ съ тѣмъ, однако, за прежнимъ управомоченнымъ, въ силу принципа публичной вѣры, сохраняется легитимация къ распоряженію даннымъ правомъ, но лишь настолько, насколько рѣчь идетъ объ ипотекахъ оборотной. По отношенію же къ ипотекахъ безпечительной принципъ публичной вѣры уступаетъ передъ принципомъ акцессорности: зависимость ея отъ обязательственнаго требованія проводится столь строго, что уступка ипотеки безъ требованія признается невозможнымъ.

Итакъ, прекращеніе требованія, при послѣдовательномъ проведеніи принциповъ вотчинной системы, приводитъ не къ прекращенію залога, а къ превращенію его въ такъ наз. ипотеку собственника или, точнѣе, вотчинный долгъ собственника. Ясно, что такой результатъ, съ юридической точки зрѣнія, является единственно удовлетворительнымъ, тѣмъ болѣе, что ипотека собственника, при правильномъ взглядѣ на сущность залогового права, не представляетъ, вопреки мнѣнію составителей нашего проекта, конструктивныхъ затрудненій<sup>1)</sup>.

Этотъ результатъ, кромѣ того, вполне удовлетворите-

1) См. выше, § 49.

лень и съ точки зрѣнія экономической. Благодаря ему становится невозможнымъ пріобрѣтеніе младшими кредиторами лучшаго старшинства помимо воли собственника. Правда, если признавать залоговое право правомъ на долю цѣнности, разъ на всегда опредѣленную, если, другими словами, прикрѣплять залогъ къ первоначальному его старшинству, то съ точки зрѣнія интересовъ собственника проявляется лишь весьма незначительное различіе между результатами обоихъ только что разсмотрѣнныхъ рѣшеній. Въ обоихъ случаяхъ данная доля цѣнности остается въ его распоряженіи и различіе между ними проявляется, главнымъ образомъ, въ большемъ удобствѣ ипотеки собственника при дальнѣйшемъ использованіи освободившагося мѣста. Впрочемъ, нельзя не замѣтить, что признаніе непосредственнаго прекращенія залога вслѣдствіе прекращенія требованія, съ одной стороны, и прикрѣпленіе залога къ опредѣленному старшинству — съ другой, представляютъ собой явленія, характерныя для весьма далекихъ другъ отъ друга стадій развитія залогового права. Поэтому, они едва ли найдутъ мѣсто въ одномъ и томъ же законодательствѣ и съ возможностью такой комбинаціи не надо считаться.

Если такъ рѣшается вопросъ о значеніи прекращенія обязательственнаго требованія, то по отношенію къ юридическимъ фактамъ, касающимся непосредственно залогового права, также существуетъ полная возможность къ соблюденію принципа внесенія. Одно лишь исключеніе является неизбѣжнымъ, но вмѣстѣ съ тѣмъ и безвреднымъ. Это — случай гибели обремененной недвижимости. Тутъ перестаетъ существовать объектъ права, благодаря чему не можетъ не прекратиться и самое право. Разумѣется, что этотъ случай не представляетъ особаго практическаго интереса. Но онъ все же долженъ быть упомянутъ ради полноты изложенія.

Напротивъ, другіе, относящіеся сюда случаи могутъ

быть согласованы безъ затрудненій съ принципомъ внесенія. Въ частности, нѣтъ причинъ, по которымъ публичная продажа недвижимости или вообще удовлетвореніе вѣрителя путемъ продажи такихъ предметовъ, на которые простираетъ свою силу залогъ, должна была бы вызвать непосредственное прекращеніе залога. Напротивъ, и тутъ внесеніе статьи о погашеніи должно играть рѣшающую роль. Что же касается случаевъ совпаденія залога и права собственности въ одномъ лицѣ, а также отказа вѣрителя отъ права залога безъ отказа отъ требованія, то они представляютъ, очевидно, нѣкоторую аналогію къ случаямъ, въ которыхъ прекращается обязательственное требованіе. И тутъ равно въ уваженіе принципа внесенія, какъ для избѣжанія нежелательныхъ экономическихъ послѣдствій, необходимо признавать прекращеніе залога лишь послѣдствіемъ погашенія о немъ записи, между тѣмъ какъ совпаденіе и отказъ могутъ имѣть значеніе только правооснованія погашенія.

Нѣсколько особое положеніе слѣдуетъ признать за залогомъ, установленнымъ на срокъ. Тутъ приходится признать прекращеніе залога въ моментъ наступленія срока, такъ какъ срокъ внесенъ въ книгу и прекращеніе, слѣдовательно, происходитъ по самой книгѣ. Запись о внесеніи тутъ исполняетъ одновременно и функціи записи о погашеніи. Особое же внесеніе статьи о погашеніи является желательнымъ лишь въ видахъ порядка и для избѣжанія возможныхъ недоразумѣній.

Въ результатъ оказывается, такимъ образомъ, что принципъ внесенія можетъ быть проведенъ безъ сколько нибудь серьезныхъ затрудненій также и по вопросу о прекращеніи залога. Остается лишь указать на то, что во всѣхъ случаяхъ прекращенія залога одинъ формальный актъ погашенія приводитъ къ достиженію цѣли только при господствѣ въ данномъ законодательствѣ принципа формальной силы внесенія. Напротивъ, по законодательствамъ, требующимъ

каузальности внесенія, прекращеніе залога наступаетъ лишь тогда, когда погашеніе опирается на дѣйствительное правооснованіе. Имѣетъ съ тѣмъ, само собой разумѣется, что и статья о погашеніи, внесенная безъ правооснованія и вслѣдствіе этого недѣйствительная, находится подъ защитой публичной вѣры вотчинной книги и оказываетъ поэтому свое дѣйствіе въ пользу добросовѣстныхъ третьихъ лицъ, приобретающихъ права въ данной недвижимости.

Какъ же относятся къ проблемѣ возникновенія и прекращенія залога новѣйшіе западно-европейскіе кодексы?

Можно сказать, что эта проблема рѣшается, какъ швейцарскимъ, такъ и германскимъ уложеніемъ вполне удовлетворительно благодаря послѣдовательному проведенію принципа внесенія. Правда, что касается перваго изъ нихъ, то нельзя не отмѣтить, что оно допускаетъ въ нѣкоторыхъ исключительныхъ случаяхъ возникновеніе легальной ипотеки, вовсе не подлежащей внесенію въ вотчинную книгу<sup>1)</sup>. Но если оставить въ сторонѣ эти единичные отступленія отъ принципа, то слѣдуетъ установить, что возникновеніе залога ставится принципиально въ зависимость отъ внесенія<sup>2)</sup>. Что же касается его прекращенія, то ZGB. высказываетъ категорично, что таковое происходитъ лишь вслѣдствіе погашенія или полной гибели участка<sup>3)</sup>. Одно прекращеніе требованія никакой роли не играетъ. Оно является только основаніемъ

---

1) Ср. ZGB. 808, 810, 836. Напротивъ, сюда не относится ст. 819, такъ какъ ею лишь признается за требованіемъ ипотечнаго кредитора о возмѣщеніи уплаченныхъ имъ страховыхъ премій то же старшинство, которое имѣетъ само обезпеченное залогомъ требованіе. Другими словами, первое объявляется придаточнымъ ко второму. Равно сюда не относятся ипотеки изъ ст. 837. Онѣ не могутъ считаться ипотеками легальными, такъ какъ законъ является лишь правооснованіемъ внесенія. То же самое слѣдуетъ сказать, кстати, и объ ипотекахъ изъ ст. 648 германскаго уложенія. Но см. BGB. 1287.

2) ZGB. 799.

3) ZGB. 801.

къ погашенію <sup>1)</sup>. Но собственникъ притомъ отнюдь не обязанъ требовать таковаго, онъ, напротивъ, можетъ оставить запись о залогѣ и уступить ипотеку другому лицу <sup>2)</sup>. Другими словами, залоговое право остается въ силѣ и приобрѣтается собственникомъ. Правда, экономической необходимости въ этомъ нѣтъ, такъ какъ повышенія послѣдующихъ ипотекъ не происходитъ и въ случаѣ погашенія, благодаря принятому швейцарскимъ уложеніемъ прикрѣпленію залогового права къ опредѣленному старшинству <sup>3)</sup>.

То же самое значеніе, какое имѣетъ прекращеніе требованія, признается за юридическими фактами, затрогивающими непосредственно залоговое право <sup>4)</sup>.

Само собой разумѣется при этомъ, что, какъ въ томъ, такъ и въ другомъ случаѣ принципъ публичной вѣры вотчинной книги остается въ полной силѣ <sup>5)</sup>.

Система германскаго уложенія приводитъ, въ общемъ, къ тѣмъ же самымъ результатамъ. А именно, для возникновенія ипотеки необходимо внесеніе соотвѣтствующей статьи въ вотчинную книгу <sup>6)</sup>, для прекращенія — ея погашеніе <sup>7)</sup>. Прекращеніе же требованія, совпаденіе въ одномъ лицѣ вѣрителя и собственника, отказъ вѣрителя отъ ипотеки создаютъ лишь основаніе къ превращенію залога въ ипотеку или вотчинный долгъ собственника <sup>8)</sup>. Это отно-

1) ZGB. 863, 1. — Wieland, Sachenrecht ad 863, P. 4 утверждаетъ, не приводя, однако, никакихъ доказательствъ, что залоговое право прекращается уже вслѣдствіе прекращенія требованія.

2) ZGB. 863, 2.

3) Ср. выше, § 50.

4) ZGB. 863, 2.

5) ZGB. 865, 872.

6) BGB. 873.

7) BGB. 875, ср. 1183.

8) BGB. 1163. Ср. Gierke, Privatrecht II, S. 921 flg., Dernburg, Sachenrecht, S. 724 flg., Wolff, Sachenrecht, S. 513 flg., Kober, Sachenrecht ad 1163 flg. Тутъ же имѣется перечень специальной литературы по вопросу объ ипотекахъ собственника. Ср., впрочемъ, также Hachenburg, Vorträge, S. 510 flg.

сится равно къ ипотека́ оборотной, какъ къ ипотека́ обезпечительной съ тою лишь разницей, что, въ случа́ уступки послѣ прекращенія требованія, только первая изъ нихъ приоб́рѣтается подѣ защитой публичной вѣры вотчинной книги, между тѣмъ какъ вторая къ приоб́рѣтателю не переходитъ, а остается ипотекой собственника <sup>1)</sup>.

По вопросу же о послѣдствіяхъ погашенія замѣчается расхожденіе между германскимъ уложеніемъ и швейцарскимъ: первое изъ нихъ исходитъ, какъ извѣстно <sup>2)</sup>, изъ воззрѣнія на залогъ, какъ на право вещное, простирающее свою силу на самую вещь и притомъ на всю вещь. Благодаря этому, погашеніе приводитъ къ повышенію послѣдующихъ ипотека́.

Такимъ образомъ, можно сказать, что въ обоихъ новѣйшихъ уложеніяхъ принципіально признается начало внесенія, хотя и допускаются незначительныя отъ него отступленія.

## II. Возникновеніе залога по проекту ВУ.

### § 56. Внесеніе статьи о залогѣ.

Вопросу о возникновеніи залога посвящена, прежде всего, ст. 47, гласящая, что „залогъ приоб́рѣтается со времени внесенія обезпечиваемаго имѣніемъ требованія въ вотчинную книгу на основаніи договора или завѣщанія, или же на основаніи судебного рѣшенія или распоряженія правительственнаго установленія, либо земскаго, городского или общественнаго учрежденія“.

Къ сожалѣнію, необходимо замѣтить въ первую голову, что редакція этой статьи является не совсѣмъ удачной въ троякомъ отношеніи.

Здѣсь, во-первыхъ, упоминается о внесеніи въ вотчин-

---

1) Ср., кромѣ указанной въ предыдущемъ примѣчаніи литературы, въ особенности Wolff, Sachenrecht, S. 543 flg.

2) Ср. выше, § 50.

ную книгу требованія. Уже по поводу проекта 1893 г., пользовавшася тѣмъ же самымъ оборотомъ, было замѣчено<sup>1)</sup>, что вносится не обязательственное требованіе, а право залога. Это замѣчаніе сохраняетъ свое значеніе, разумѣется, и въ настоящее время. Ибо если въ статьѣ о залогѣ и указывается подробно обязательственное требованіе<sup>2)</sup>, то все же вносится не оно, а, напротивъ, возникающее въ обезпеченіе его вотчинное право. Требованіе же сохраняетъ свой чисто обязательственный характеръ и уже по одному этому не можетъ, въ силу ст. 1 ВУ., подлежать внесенію въ книгу.

Второе возраженіе должно касаться термина „пріобрѣтается“. Нельзя сказать, чтобы онъ былъ неправильнымъ. Но онъ недостаточно точенъ именно въ данномъ случаѣ. Дѣло въ томъ, что рѣчь идетъ не о пріобрѣтеніи вообще, а лишь о пріобрѣтеніи залога первымъ управомоченнымъ, о возникновеніи или установленіи его. Провозглашаемый ст. 47 принципъ внесенія имѣетъ силу для залога лишь при возникновеніи его: между тѣмъ, какъ залогъ можетъ быть пріобрѣтаемъ цессіонаріями перваго вѣрителя также и внѣ книги, посредствомъ актовой цессіи<sup>3)</sup>, другими словами, внѣ зависимости отъ принципа внесенія. Въ виду этого, безспорно желательно провести грань между этими двумя понятіями и выяснить точнѣе, что ст. 47 относится лишь къ случаю первоначальнаго установленія залогового права.

Правда, можно предполагать, что формулировка, избранная ст. 47, не вызоветъ на практикѣ никакихъ недоразумѣній. Но въ видахъ научнаго достоинства проекта было бы все же желательно пользоваться болѣе точнымъ терминомъ.

Наконецъ, нельзя не указать на то, что проектъ оста-

1) Кассо, Понятіе о залогѣ, стр. 409. Тутъ же имѣется довольно правдоподобное указаніе на ходъ мыслей, благодаря которому коммиссія приняла именно такую терминологію.

2) Ср. ВУ. 195.

3) Ср. ниже, §§ 74 сл.

вляеть недоговореннымъ, въ силу какого юридическаго факта собственно возникаетъ залогъ. Онъ говоритъ, что залогъ приобрѣтается „со времени внесенія“, послѣдовавшаго на опредѣленномъ основаніи <sup>1)</sup>. Было бы, несомнѣнно, правильнѣе утверждать, что это происходитъ „въ силу“ или „вслѣдствіе“ внесенія. Впрочемъ, и тутъ не приходится опасаться практическихъ недоразумѣній. Но и тутъ, очевидно, не соблюдены требованія *elegantiae juris*. А кромѣ того, предлагаемая формулировка явно способствуетъ воззрѣнію, противъ котораго сама редакціонная комиссія протестуетъ довольно энергично, говоря <sup>2)</sup>, что „подъ внесеніемъ залога слѣдуетъ понимать не простое лишь оглашеніе права, уже возникшаго ранѣе, не укрѣпленіе права“, а именно „необходимое условіе его возникновенія“.

Но несмотря на всѣ эти недочеты, можно все же констатировать, что проектъ въ ст. 47 провозглашаетъ принципъ внесенія и притомъ въ абсолютной формѣ. Ни здѣсь, ни въ другихъ своихъ постановленіяхъ, онъ не допускаетъ никакихъ исключеній. Тѣмъ самымъ устраняется возможность возникновенія залога внѣ книги.

Вмѣстѣ съ тѣмъ, однако, уже изъ той же ст. 47 явствуетъ, что внесеніе само по себѣ, какъ формальный актъ, безсильно создать залоговое право. Для достиженія своей цѣли оно должно происходить, во-первыхъ, на опредѣленномъ правососнованіи, а во-вторыхъ, оно должно служить обезпеченію обязательственнаго требованія. Проектъ, слѣдовательно, отвергаетъ также и въ области залога принципъ формальной силы внесенія <sup>3)</sup>.

---

1) Тѣмъ же оборотомъ проектъ пользуется въ ст. 20 и 27 по отношенію къ праву собственности и правамъ въ чужой недвижимости. Ср. выше, т. I, § 30.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 277, 1896 г. I, стр. 294. Ср. сказанное выше, т. I, § 11, по поводу редакціи ст. 3 ВУ.

3) Ср. выше, т. I, § 14.

Но прежде, чѣмъ перейти къ разсмотрѣнію значенія котораго имѣють для возникновенія залога правооснованіе и обязательственное требованіе, необходимо указать вкратцѣ на то, что внесеніе должно совершаться въ согласіи съ принципомъ спеціальности. Правда, этотъ принципъ имѣетъ значеніе также и для другихъ вотчинныхъ правъ, вслѣдствіе чего его нормировка должна бы быть отнесена къ общей части проекта, носящей названіе Введенія<sup>1)</sup>. Но съ другой стороны, онъ важенъ, въ особенности, для залогового права и можно даже сказать, что онъ, какъ въ силу самой своей природы, такъ и по историческому своему развитію рассчитанъ, прежде всего, на него. Въ виду этого вполне понятно, если проектъ ВУ. особо предписываетъ его соблюденіе, именно, по отношенію къ залогу.

Ст. 48 гласитъ, что „залогъ можетъ быть установленъ только въ опредѣленной суммѣ и лишь на всемъ недвижимомъ имѣніи, въ томъ его составѣ, въ какомъ оно значится по вотчинной книгѣ, или на всей долѣ въ имѣніи, если имѣніе принадлежитъ нѣсколькимъ лицамъ на правѣ общей собственности“<sup>2)</sup>. Такимъ образомъ, здѣсь выставляется начало спеціальности въ томъ двоякомъ смыслѣ, въ каковомъ оно признается современнымъ вотчиннымъ правомъ: каждое вотчинное право должно имѣть опредѣленное содержаніе и опредѣленный объемъ и каждое право должно относиться къ одной опредѣленной недвижимости.

По отношенію къ залогу интересъ представляетъ, прежде всего, вопросъ объ объемѣ его, въ виду чего проектъ и требуетъ установленія его „только въ опредѣленной суммѣ“. О необходимости подобной нормы говорить не приходится — она ясна сама собой. И столь же ясно, что несоблюденіе ея приводитъ къ недействительности внесенной статьи: за-

1) Ср. выше, т. I, § 26.

2) Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 288 сл., 1896 г. I, стр. 306 сл.

лога не въ опредѣленной суммѣ быть не можетъ и запись о немъ должна считаться *pro non scripta*. Она подлежитъ, поэтому, уничтоженію по распоряженію начальника вотчиннаго установленія по собственной его инициативѣ, независимо отъ требованія собственника или какихъ либо другихъ заинтересованныхъ лицъ <sup>1)</sup>.

Однако, нашъ проектъ, въ силу требованій современнаго оборота, признаетъ особую форму ипотеки, ипотеку кредитную <sup>2)</sup>, сущность которой сводится къ тому, что при внесении залога устанавливается сумма, въ предѣлахъ коей отвѣчаетъ недвижимость, между тѣмъ какъ объемъ дѣйствительной обремененности участка въ каждый данный моментъ находится въ зависимости отъ перемѣнной величины обязательственнаго требованія. На первый взглядъ можетъ показаться, будто этимъ нарушается принципъ спеціальности <sup>3)</sup>. Но если принять во вниманіе цѣль, ради которой выставляется начало спеціальности, то становится яснымъ, что въ кредитномъ залогѣ не заключается никакого отступленія отъ него. Въдѣ оно признается не по бухгалтерскимъ соображеніямъ съ тѣмъ, чтобы въ любое время можно было установить сумму обремененій, лежащихъ на недвижимости, а для того, чтобы обезпеченность младшихъ по отношенію къ данной ипотека правъ не пострадала отъ могущихъ произойти увеличеній ея, другими словами, чтобы максимальная цѣнность предыдущихъ ипотека была величиной постоянной. А это вполне достигается установленіемъ предѣльной суммы. Напротивъ, возможность, что дѣйствительная сумма требованія будетъ ниже предѣльной, не нарушаетъ ничьихъ ин-

1) Ср. ВУ. 138. См. о неудовлетворительной нормировкѣ вопроса объ исправленіи вотчинной книги выше, т. I, § 17.

2) Ср. ниже, § 65.

3) Такое мнѣніе высказывается въ отзывѣ министра внутреннихъ дѣлъ, стр. 17. Противъ него возражаетъ особая коммиссія — см. Ж. О. К., стр. 141.

тересовъ и оставляетъ совершенно незатронутыми тѣ цѣли, ради которыхъ провозглашается принципъ спеціальности.

Не больше затрудненій представляетъ это начало и въ примѣненіи къ недвижимости. Наиболѣе послѣдовательнымъ было бы, разумѣется, допущеніе установленія залога лишь на опредѣленномъ имѣніи и притомъ на всемъ имѣніи. Однако, практическія соображенія требуютъ смягченія принципа въ одномъ отношеніи: если недвижимость состоитъ въ сособственности нѣсколькихъ лицъ, то допускается установленіе залога также и въ идеальныхъ доляхъ каждаго сособственника. На эту точку зрѣнія сталъ и нашъ проектъ въ виду того, что противоположнымъ правиломъ чрезмѣрно суживались бы права сособственниковъ<sup>1)</sup>. И такъ какъ при внесеніи права сособственности доли отдѣльныхъ сособственниковъ должны быть точно обозначены<sup>2)</sup>, то, съ одной стороны, требованіе опредѣленности объекта вполнѣ соблюдается и при такомъ порядкѣ, а съ другой, не слишкомъ страдаютъ ясность и наглядность вотчинной книги.

Напротивъ, реальныя части имѣнія не могутъ быть объектомъ особыхъ правъ, а въ частности, ипотеки<sup>3)</sup>. Если появляется экономическая потребность въ этомъ, то она можетъ быть удовлетворена путемъ выдѣленія даннаго участка, съ заведеніемъ для него особой вотчинной книги. Подобное ограниченіе вызывается, какъ трудностью точнаго опредѣленія въ книгѣ данной реальной части — пришлось бы завести для нея въ предѣлахъ четвертаго отдѣла какъ бы особый первый отдѣлъ вотчинной книги<sup>4)</sup>, такъ и въ интересахъ наглядности книги.

1) Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 291 сл., 1896 г. I, стр. 309 сл.

2) ВУ. 131, 195, 6.

3) ВУ. этого правила прямо не высказываетъ, такъ какъ оно слѣдуетъ непосредственно изъ ст. 48. Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 291, 1896 г. I, стр. 308 сл.

4) ВУ. 118.

Итакъ, примѣненіе принципа спеціальности къ залогу въ проектѣ ВУ. не вызываетъ никакихъ затрудненій. Остается только замѣтить, что таковыя не проявляются и по вопросу о допустимости совокупной ипотеки, обременяющей нѣсколько недвижимостей по началамъ солидарной отвѣтственности. Начало спеціальности затрогивается тутъ въ обоихъ проявленіяхъ, но оно ничуть не нарушается. А именно, объекты права обладаютъ, несмотря на множественность, полною опредѣленностью, и объемомъ обезпечиваемаго требованія точно установленъ, причемъ, съ практической точки зрѣнія, наблюдается извѣстное сходство между совокупной ипотекой, лежащей на каждой изъ обремененныхъ недвижимостей, и кредитнымъ залогомъ. Если же совокупный залогъ признается, тѣмъ не менѣе, проектомъ ВУ. только въ видѣ исключенія<sup>1)</sup>, то причиной тому являются уже соображенія гражданско-политическія. На нихъ же покоится и ст. 58, согласно которой „кредиторъ можетъ обезпечить свое требованіе на нѣсколькихъ имѣніяхъ должника, раздѣливъ сумму требованія на нѣсколько частей по числу имѣній, на коихъ устанавливается принудительный залогъ“<sup>2)</sup>. Напротивъ, къ принципу спеціальности это постановленіе не имѣетъ прямого отношенія, хотя на первый взглядъ и можетъ получиться именно такое впечатлѣніе.

### § 57. Правооснованіе внесенія.

Проектъ признаетъ не менѣе четырехъ правооснованій внесенія статьи о залогѣ, а именно, договоръ, завѣщаніе, судебное рѣшеніе и распоряженіе правительственнаго, земскаго, городского или общественнаго учрежденія. На основаніи первыхъ двухъ возникаетъ залогъ добровольный, между тѣмъ какъ въ остальныхъ случаяхъ устанавливается принудительный залогъ. Напротивъ, законъ, какъ таковой,

1) Ср. ниже, § 66.

2) Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 337 сл., 1896 г. I, стр. 342 сл.

не только не приводитъ, въ нарушение принципа внесенія, къ непосредственному возникновенію залога, но и не служитъ правооснованіемъ внесенія — въ противоположность другимъ современнымъ кодексамъ <sup>1)</sup>. Составители проекта были, очевидно, того мнѣнія, что господствующія у насъ экономическія условія не вызываютъ необходимости въ предоставленіи опредѣленнымъ требованіямъ подобнаго льготнаго положенія. Насколько такой взглядъ правиленъ, это можетъ быть выяснено, разумѣется, только со временемъ, на основаніи практическаго опыта.

Что касается договора, то почти излишне говорить, что рѣчь идетъ здѣсь о вотчинномъ договорѣ, заключенномъ между сторонами въ вотчинномъ установленіи или у нотариуса и содержащемъ въ себѣ соглашеніе объ установленіи залога въ недвижимости одной изъ сторонъ съ цѣлью обезпеченія обязательственнаго требованія другой стороны <sup>2)</sup>. Само собой разумѣется и то, что договоръ этотъ является, съ матеріальной точки зрѣнія, чѣмъ то самостоятельнымъ, отдѣльно существующимъ отъ могущаго быть заключеннымъ между сторонами договора объ обезпечиваемомъ обязательствѣ <sup>3)</sup>. Въ этомъ отношеніи договоръ о залогѣ нисколько не отличается отъ договоровъ объ установленіи какихъ либо другихъ вотчинныхъ правъ. Въ частности же слѣдуетъ отмѣтить, что и этотъ договоръ долженъ имѣть каузальный характеръ, какъ всѣ вотчинные договоры, заключаемые въ силу постановленій

1) Ср. BGB. 648, Gesetz v. 1. 6. 1909 über die Sicherung der Bauforderungen, bes. 9 flg., ZGB. 820, 837 flg.

2) ВУ. 4, 248 сл., 282, 292 сл. — Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 281 сл., 1896 г. I, стр. 298 сл. Если, впрочемъ, Объясненія называютъ договоръ о залогѣ соглашеніемъ, „въ силу коего должникъ устанавливаетъ на своемъ имѣніи залогъ въ пользу кредитора, обезпечивающій извѣстное требованіе сего послѣдняго“, то это довольно неточно и можетъ опять таки вызвать впечатлѣніе, будто за внесеніемъ признается лишь значеніе укрѣпленія или оглашенія уже возникшаго на основаніи договора залогового права.

3) Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 281, 1896 г. I, стр. 298.

нашего проекта<sup>1)</sup>. Если же редакціонная комиссія указываетъ, кромѣ того, еще и на то<sup>2)</sup>, что правооснованіемъ для внесенія долженъ служить именно договоръ, а не одностороннее согласіе на внесеніе собственника, то это вытекаетъ уже какъ изъ дословнаго смысла ст. 47, такъ и вообще изъ всей системы проекта ВУ.

Никакихъ сомнѣній по своей сущности не вызываетъ и завѣщаніе въ качествѣ правооснованія для внесенія залога. Съ одной стороны, какъ замѣчаютъ и Объясненія<sup>3)</sup>, нельзя сомнѣваться въ правѣ наследодателя распоряжаться своимъ имуществомъ на случай смерти также и въ этой формѣ, а съ другой — ясно, что подобное распоряженіе можетъ играть, при господствѣ вотчинной системы, роль только правооснованія, а не факта, непосредственно созидающаго данное право. Мимоходомъ слѣдуетъ отмѣтить развѣ еще то, что въ практической необходимости завѣщательнаго залога въ обезпеченіе отказанныхъ въ завѣщаніи суммъ<sup>4)</sup> не можетъ быть сомнѣнія въ особенности тогда, когда недвижимостъ, во избѣжаніе ея дробленія, предоставляется лишь одному изъ сонаслѣдниковъ. Напротивъ, меньшую и, пожалуй, даже довольно незначительную роль сыграетъ, по всей вѣроятности, на практикѣ завѣщательный залогъ въ обезпеченіе существующаго уже требованія<sup>5)</sup>.

1) Ср. выше, т. I, § 14.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 282, 1896 г. I, стр. 299.

3) 1893 г. I, стр. 282 сл., 1896 г. I, стр. 299 сл.

4) Мимоходомъ стоитъ, впрочемъ, отмѣтить какъ черту, характерную для несогласованности нашихъ гражданско-правовыхъ законопроектъ, что ВУ. 52 упоминаетъ объ отказахъ, а совпадающая съ нею статья 1046 проекта ГУ. — объ „отказанныхъ по завѣщанію суммахъ“, между тѣмъ какъ тотъ же проектъ ГУ. въ отдѣлѣ наследственнаго права рѣшительно отклоняетъ институтъ отказовъ — ср. объ этомъ рецензія автора о книгѣ Зелера: *Der Entwurf des russischen Zivilgesetzbuches* въ Ж. М. Ю. 1912, 4, стр. 352 сл., и *Kritische Vierteljahrsschrift* 1912, 3, S. 386 flg.

5) Казалось бы, что онъ можетъ приобрести значеніе лишь въ такихъ случаяхъ, когда между вѣрителемъ и завѣщателемъ существовали

Можно, впрочемъ, упомянуть о томъ, что вопросъ о допустимости этого второго вида завѣщательнаго залога возбуждалъ споры въ средѣ редакціонной комиссіи при составленіи проекта 1893 г. и былъ тогда рѣшенъ въ отрицательномъ смыслѣ <sup>1)</sup>. Затѣмъ, однако, комиссія измѣнила свое мнѣніе и въ проектъ 1896 г. вошла уже ст. 52 съ нынѣшнимъ своимъ содержаніемъ, причемъ, однако, не указывается въ Объясненіяхъ, на основаніи какихъ соображеній мнѣніе прежняго меньшинства было признано правильнымъ всею комиссіей <sup>2)</sup>.

Но какъ бы то ни было, во всякомъ случаѣ нѣтъ причины возражать противъ окончательнаго рѣшенія комиссіи. Не можетъ быть сомнѣній въ правѣ завѣщателя дѣлать распоряженіе объ установленіи залога, а тѣ злоупотребленія, которыхъ опасалось большинство комиссіи въ 1893 г., едва ли имѣютъ реальное значеніе.

Напротивъ, не малые сомнѣнія должно вызвать третье изъ предусмотрѣнныхъ проектомъ правооснованій залога, а именно судебное рѣшеніе. Здѣсь не мѣсто входить ни въ конструктивную, ни въ цивильно-политическую оцѣнку принудительнаго залога, вносимаго на основаніи судебного рѣшенія <sup>3)</sup>. Но нельзя не указать уже здѣсь на то обстоятельство, что при признаніи вообще принудительнаго залога непослѣдовательно и даже неправильно проводить грань между вступившимъ въ законную силу рѣшеніемъ, съ одной сто-

такія особые личные отношенія, которыя не переходятъ на наслѣдниковъ послѣдняго. Но такіе случаи едва ли будутъ встрѣчаться очень часто.

1) Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 301 сл.

2) Въ Объясненіяхъ 1896 г. I, стр. 317 сл. передаются лишь соображенія прежняго меньшинства. Ср., кромѣ того, Св. Зам., № 152, гдѣ Ревельскимъ Окружнымъ Судомъ излагаются доводы противъ нормировки, принятой проектомъ 1893 г. Довольно своеобразная мысль высказывается, впрочемъ, въ Св. Зам., № 153. Тутъ предлагается отнести завѣщательный залогъ къ залогу принудительному — „такъ какъ онъ устанавливается безъ согласія наслѣдника должника и безъ согласія кредитора“. Тотъ же критикъ желаетъ, впрочемъ, связать завѣщательный залогъ „съ ограниченіемъ права отчужденія и залога“ — Св. Зам., № 163.

3) Ср. ниже, § 64.

роны, и не вступившимъ въ законную силу или неокончательнымъ рѣшеніемъ и постановленіемъ суда объ обезпеченіи иска, съ другой, въ томъ смыслѣ, что лишь по первому вносится запись о залогѣ, между тѣмъ какъ по вторымъ вносится лишь отмѣтка <sup>1)</sup>). Это слѣдуетъ сказать притомъ, не только въ видахъ сохраненія чистоты понятія отмѣтки <sup>2)</sup>, но также и съ чисто практической точки зрѣнія. Дѣло въ томъ, что въ случаѣ публичной продажи недвижимости отмѣтка о принудительномъ залогѣ обладаетъ совершенно тою же самой силой, какъ и запись о немъ и управомоченный по отмѣткѣ получаетъ удовлетвореніе въ томъ же порядкѣ и въ томъ же размѣрѣ <sup>3)</sup>. Къ тому же можно отмѣтить лишній разъ, что въ признаніи такой отмѣтки ипотекой не крылось бы ни неосторожности ни жестокости по отношеніи къ должнику, такъ какъ принудительный залогъ является строго акцессорнымъ.

Никакого интереса съ цивилистической точки зрѣнія не представляетъ второй, предусмотрѣнный проектомъ видъ принудительнаго залога — залогъ, вносимый на основаніи распоряженія правительственныхъ и другихъ публично-правовыхъ установленій. Тутъ рѣшающую роль сыграли исключительно фискальныя соображенія <sup>4)</sup>. И остается только высказать сомнѣніе, съ одной стороны, въ необходимости этого новаго института, такъ какъ интересы фиска и безъ того достаточно обезпечены проектами ВУ. и ППВ. <sup>5)</sup>, а съ другой — въ обоснованности приравненія распоряженій этихъ мѣстъ къ вошедшимъ въ законную силу судебнымъ рѣшеніямъ. Что касается этого, то, по системѣ проекта, слѣдовало допускать внесеніе не записи, а лишь отмѣтки, пока за собствен-

1) ВУ. 55, 149, 151.

2) Ср. выше, т. I, §§ 24, 25.

3) Проектъ ППВ. 173,3, 200, 203.

4) Объясненія 1893 г. I, стр. 334 сл., 1896 г. I, стр. 340 сл.

5) Ср. ВУ. 11,2 и 12,2, ППВ. 197,2 и 200,3.

никомъ-должникомъ остается право обжалованія данныхъ распоряженій.

Редакціонная комиссія, впрочемъ, излагая ученіе о правооснованіи залога, высказываетъ мнѣніе<sup>1)</sup>, что подъ правооснованіемъ слѣдуетъ понимать „отдѣльное отъ самого требованія право домогаться особаго для этого требованія обезпеченія въ видѣ установленія залога“. Это, конечно, неправильно. Правооснованіе никоимъ образомъ не есть право, а есть лишь юридическій фактъ или совокупность юридическихъ фактовъ, при наличности которыхъ внесеніе въ книгу приводитъ къ возникновенію залога. Но, разумѣется, изъ правооснованія можетъ вытекать упоминаемое Объясненіями право требовать внесенія залога. При этомъ, договоръ о залогѣ, по конструкціи проекта ВУ., самъ по себѣ заключаетъ въ себѣ обращенное къ вотчинному установленію требованіе внесенія<sup>2)</sup>, между тѣмъ какъ по завѣщанію должно быть по дано особое прошеніе, за исключеніемъ одного, предусмотрѣннаго въ проектѣ случая, когда распоряженіе завѣщателя объ установленіи залога принимается въ соображеніе вотчиннымъ установленіемъ *ex officio*<sup>3)</sup>. Напротивъ, судебное рѣшеніе, какъ таковое, не имѣетъ никакого отношенія къ залогу. Оно пріобрѣтаетъ его только вслѣдствіе предпринятія взыскателемъ опредѣленныхъ шаговъ<sup>4)</sup>. Наконецъ, распоряженіе правительственнаго или другого присутствія можетъ быть приравнено скорѣе всего къ договору о залогѣ, такъ какъ въ немъ сливаются въ одно и правооснованіе въ тѣсномъ смыслѣ слова, т. е. установленіе наличности недоимки

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 279, 1896 г. I, стр. 296.

2) ВУ. 274 сл. Ср. выше, т. I, §§ 14, 15.

3) ВУ. 145 сл., 148.

4) ВУ. 149 сл. Въ этихъ статьяхъ упоминается, впрочемъ, только о представленіи въ вотчинное установленіе исполнительнаго листа. Но совершенно ясно, что такое представленіе должно быть сопровождено просьбой о внесеніи статьи, на каковую и указывается мимоходомъ въ ст. 132, 1.

и обращенное къ вотчинному установленію требованіе внесенія залога.

По этому поводу редакціонною комиссіей выдвигается вопросъ <sup>1)</sup>, подлежитъ ли уступкѣ право на внесеніе залога, вытекающее изъ одного изъ предусмотрѣнныхъ въ проектѣ правооснованій?

Подобное право является, безспорно, правомъ личнымъ, не имѣющимъ силы противъ третьихъ лицъ, въ частности, противъ сингулярныхъ правопреемниковъ должника. Въѣстѣ съ тѣмъ, нельзя не считать его правомъ акцессорнымъ, существующимъ ради опредѣленнаго или опредѣлимаго обязательственнаго требованія и находящимся въ строгой отъ него зависимости. Въ силу самой сущности дѣла немислимо, чтобы за извѣстнымъ лицомъ признавалось право на внесеніе залога внѣ подобной зависимости. Поэтому и не можетъ быть рѣчи о самостоятельной уступкѣ права на внесеніе, не говоря уже объ уступкѣ самаго правооснованія.

Другой вопросъ, разумѣется, — переходитъ ли право на внесеніе залога къ лицу, пріобрѣтшему обязательственное требованіе. На этотъ вопросъ слѣдуетъ отвѣтить, очевидно, утвердительно, если только между сторонами не оговорено противное. Въ правѣ на внесеніе отсутствуетъ элементъ личный, который могъ бы воспрепятствовать переходу его къ третьему лицу и, какъ акцессорное, оно должно раздѣлять судьбу права главнаго. Къ тому же слѣдуетъ имѣть въ виду, что цѣнность самаго обязательственнаго требованія, а слѣдовательно и его оборотоспособность, зависятъ въ значительной мѣрѣ отъ степени обеспеченности его. И при молчаніи по этому вопросу проекта ВУ., кажется вполне допустимымъ по аналогіи примѣнять ст. 85, признающую за ипотечнымъ кредиторомъ право уступать обеспеченное залогомъ требованіе и тѣмъ самымъ признающую переходъ,

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 279 сл., 1896 г. I, стр. 296 сл.

вмѣстѣ съ требованіемъ, обеспечивающаго его залогового права.

По мнѣнію редакціонной комиссіи этотъ вопросъ имѣетъ, впрочемъ, значеніе только по отношенію къ завѣщательному и принудительному залогу, не касаясь вовсе залога договорнаго, такъ какъ договоры о залогѣ, заключаемые по проектамъ 1893 и 1896 гг. исключительно въ вотчинномъ установленіи, считаются окончательными. Благодаря этому, дальнѣйшее производство по внесенію имѣетъ мѣсто *ex officio*, помимо всякаго участія сторонъ.

Для предварительныхъ двухъ проектовъ это утвержденіе, безспорно, правильно, хотя и можно замѣтить, что невозможность уступки вытекаетъ не изъ самаго существа договора о залогѣ, а лишь изъ положительныхъ нормъ, выставленныхъ проектомъ по чисто практическимъ соображеніямъ. Только благодаря имъ, создается единство договора и внесенія, приводящее къ тому, что правооснованіе, возникая и исполняя свои функціи, одновременно лишается и всякаго самостоятельнаго значенія. Но съ точки зрѣнія отвлеченной теоріи, все же создается право на внесеніе, которое и можетъ быть уступлено, хотя бы это практически и оказалось невозможнымъ.

Однако, проектъ ВУ. 1907 г. допускаетъ заключеніе вотчинныхъ договоровъ не только въ вотчинномъ установленіи, но также и у нотариуса<sup>1)</sup>. И если соображенія редакціонной комиссіи сохраняютъ свое значеніе для договоровъ первой категоріи, то они не могутъ быть примѣнены столь же безусловно къ вотчиннымъ договорамъ нотаріальнымъ. Здѣсь, именно, составителямъ проекта не удалось создать то единство акта и внесенія, къ которому они стремились — принятія ими для этой цѣли практическія мѣры оказываются недостаточными<sup>2)</sup>. Въ частности, мыслимо совершеніе собственникомъ, въ промежутокъ времени между заключеніемъ

1) ВУ. 4, ср. Ж. О. К., стр. 49 сл.

2) Ср. выше, т. I, § 15.

договора и полученіемъ его въ вотчинномъ установленіи, такихъ актовъ распоряженія, вслѣдствіе которыхъ начальникъ установленія можетъ пріостановить, въ силу ст. 276,2, внесеніе соотвѣтствующей статьи. Тогда, безспорно, право на внесеніе принимаетъ актуальный и, въ извѣстномъ смыслѣ, самостоятельный характеръ. И тогда же, очевидно, становится возможнымъ его уступка третьему лицу, вмѣстѣ съ уступкой обязательственнаго требованія.

Гораздо проще обстоитъ дѣло съ залогомъ завѣщательнымъ. Изъ завѣщательнаго распоряженія вытекаетъ право легатарія на внесеніе. И едва ли можетъ быть сомнѣніе въ томъ, что это право свободно можетъ быть уступаемо вмѣстѣ съ подлежащимъ обезпеченію требованіемъ.

Что же касается роли судебного рѣшенія или въ частности, исполнительнаго листа, то уже выше было указано на то, что исполнительный листъ, какъ таковой, никакого отношенія къ залогу не имѣетъ до подачи взыскателемъ соотвѣтствующаго прошенія въ вотчинное установленіе. До этого момента нельзя считать исполнительный листъ правооснованіемъ для залога. Онъ обладаетъ вполнѣ самостоятельнымъ характеромъ и можетъ быть, какъ извѣстно, свободно уступаемъ третьему лицу. При этомъ, само собою разумѣется, что пріобрѣтатель правъ по исполнительному листу можетъ, со своей стороны, принять мѣры ко внесенію принудительнаго залога.

Другой вопросъ, возможна ли уступка правъ на внесеніе послѣ установленія связи между исполнительнымъ листомъ и залогомъ, т. е. послѣ подачи соотвѣтствующаго прошенія съ представленіемъ исполнительнаго листа въ вотчинное установленіе. Прямого отвѣта съ указаніемъ формъ, въ которыхъ должна была бы совершаться уступка, проектъ не даетъ. А съ другой стороны, формы, предусмотрѣнныя для уступки залогового права, тутъ непримѣнимы. Въ виду этого, необходимо притти къ выводу, что послѣ указаннаго

момента уступка права на внесеніе не допустима и это тѣмъ болѣе, что такой результатъ вполне цѣлесообразенъ, такъ какъ въ противномъ случаѣ могли бы пострадать ясность и наглядность книги. Слѣдовательно, поступающее въ вотчинное установленіе извѣщеніе о совершившейся цессіи обязательственнаго требованія, съ просьбой о внесеніи залога уже въ пользу цессіонарія, должно игнорироваться. Если притомъ уже были приняты мѣры къ исполненію просьбы о внесеніи, въ частности, если она уже была внесена въ реестръ, то кромѣ того, и принципъ единства акта внесенія<sup>1)</sup> не позволяетъ считаться съ цессіей. Если же просьба о внесеніи еще не получила движенія, то за просителемъ должно быть признано право взять ее обратно<sup>2)</sup>, съ тѣмъ, чтобы она была возобновлена уже цессіонаріемъ.

Кажется, что этотъ вопросъ долженъ быть рѣшенъ по постановленіямъ проекта, именно, такъ—вопреки утверженію Объясненій, не вполне, впрочемъ, ясному.

Можно прибавить, что и съ точки зрѣнія потребностей оборота другое рѣшеніе едва ли является необходимымъ или хотя бы желательнымъ. Къ тому же трудно предполагать, чтобы поставленный редакціонною комиссіей вопросъ вообще имѣлъ сколько нибудь серьезное практическое значеніе. Едва ли проявится особенно сильная потребность въ уступкѣ права на внесеніе залога, именно, въ промежутокъ времени между подачей просьбы о внесеніи и совершеніемъ внесенія. И это приходится предполагать тѣмъ болѣе, что цессія можетъ быть совершена безпрепятственно тотчасъ же послѣ завершенія этого обряда.

### § 58. Обеспечиваемое требованіе.

Залогъ признается проектомъ, какъ извѣстно, правомъ акцессорнымъ, абстрактное же обремененіе недвижимости

1) Ср. ВУ. 224 сл., въ особ. 240, 274 сл.

2) По аналогіи со ст. 276, 1.

въ формѣ вотчиннаго долга не допускается. Вслѣдствіе этого, для возникновенія залога существенно, наряду со внесеніемъ, происходящимъ въ силу опредѣленнаго правооснованія, еще наличность обязательственнаго требованія, ради котораго и существуетъ самый залогъ. Происхожденіе требованія, при этомъ, вполне безразлично. Оно можетъ быть, какъ договорнымъ, такъ и вѣдоговорнымъ, въ частности, деликтнымъ. Это, впрочемъ, разумѣется, въ сущности, самой собой. Но проектъ все же считаетъ нужнымъ указать на это особо, пользуясь, при этомъ, неудачнымъ приѣмомъ перечисленія нѣкоторыхъ примѣровъ, вмѣсто указанія общаго начала <sup>1)</sup>).

Объясненія указываютъ <sup>2)</sup>), однако, по этому поводу вполне основательно еще и на то, что вотчинное установленіе не должно входить при внесеніи залога въ разсмотрѣніе вопроса о дѣйствительности требованія съ матеріальной точки зрѣнія. Напротивъ, оно обязано лишь удостовѣриться въ томъ, существуетъ ли, съ формальной точки зрѣнія, обязательственное требованіе. И если это условіе соблюдено, то внесеніе должно послѣдовать безпрепятственно.

Съ этимъ замѣчаніемъ нельзя не согласиться, такъ какъ оно непосредственно вытекаетъ изъ современнаго принципа формальной легальности, возлагающаго на вотчинныя установленія лишь обязанность наблюдать за закономѣрностью сдѣлки съ формальной точки зрѣнія <sup>3)</sup>).

Однако, въ непосредственной связи съ этимъ, возникаетъ вопросъ о томъ, какое значеніе имѣетъ и какія послѣдствія влечетъ за собой внесеніе въ вотчинную книгу залога, если оно послѣдовало несмотря на то, что подлежащаго обезпеченію требованія не существовало. Воз-

1) Ст. 52.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 277 сл., 1896 г. I, стр. 295 сл.

3) Ср. выше, т. I, § 10.

никаетъ ли въ такомъ случаѣ залоговое право и какое, при отрицательномъ отвѣтѣ, должно быть признано значеніе за внесенной въ вотчинную книгу статей?

На эти вопросы ни самъ проектъ, ни матеріалы не даютъ прямого отвѣта. Между тѣмъ, ихъ рѣшеніе является необходимымъ.

Для выясненія этой проблемы слѣдуетъ провести грань между случаями двоякаго рода. Мыслимо, во-первыхъ, что обязательственное требованіе недѣйствительно, и во-вторыхъ что оно еще не существуетъ, но что его возникновеніе въ будущемъ предполагается. Въ этомъ второмъ случаѣ будетъ на лицо залогъ кредитный въ обезпеченіе обязательства, могущаго возникнуть лишь въ будущемъ или могущаго лишь въ будущемъ достигнуть извѣстной предѣльной суммы<sup>1)</sup>.

Обращаясь сначала къ второму изъ этихъ двухъ случаевъ, можно сказать, что онъ возбудилъ интересъ также и въ средѣ редакціонной комиссіи. По поводу его Объясне-

1) Въ связи съ этимъ слѣдуетъ указать на утвержденіе Объясненій 1893 г. I, стр. 308, 1896 г. I, стр. 322, согласно которому внесеніе записи о кредитномъ залогѣ „предполагаетъ непремѣннымъ условіемъ существованіе, во время установленія залога, по крайней мѣрѣ того извѣстнаго, конкретнаго правоотношенія, изъ коего данное требованіе можетъ возникнуть“. Съ точки зрѣнія проекта ВУ., съ этимъ необходимо согласиться, но лишь потому, что ст. 195 требуетъ, чтобы въ вотчинной книгѣ означалось „происхожденіе требованія, а именно, проистекаетъ ли оно, изъ займа, или купли-продажи, поставки, подряда и т. п.“. Но изъ самой сущности кредитнаго залога это правило нисколько не вытекаетъ — вопреки утвержденію Объясненій. Вполнѣ мыслимо, напротивъ, и обезпеченіе имъ всѣхъ вообще требованій, могущихъ возникнуть въ будущемъ въ пользу даннаго кредитора. Это и признается по отношенію къ германскому уложенію мнѣніемъ, господствующимъ въ литературѣ, хотя имѣются и противники его. Ср. Gierke, Privatrecht II, S. 907 Anm. 44, Dernburg, Sachenrecht, S. 808, Kober ad 1190, P. 2 a. То же воззрѣніе защищаетъ, по отношенію къ швейцарскому уложенію, Wieland, Sachenrecht ad 824, 825, P. 5 a. И въ самомъ дѣлѣ, ни въ одномъ изъ обоихъ уложеній нѣтъ постановленій, опровергающихъ правильность такого взгляда, въ частности нѣтъ предписаній, аналогичныхъ ст. 195 проекта ВУ. — ср. BGB. 1115, ZGB. 794 flg., 824 flg.

нія замѣчаютъ <sup>1)</sup>; что „установленіе кредитнаго залога само по себѣ не порождаетъ этого права въ пользу кредитора“. Залогъ въ пользу кредитора возникаетъ лишь съ возникновеніемъ требованія и лишь въ предѣлахъ послѣдняго. При установленіи же залога требуется только наличность такого конкретнаго правоотношенія, изъ коего данное требованіе можетъ возникнуть. Но само собой разумѣется, что возникшій въ послѣдствіи залогъ пользуется старшинствомъ по времени внесенія.

Нельзя сказать, чтобы формулировка выставляемыхъ тутъ въ Объясненіяхъ тезисовъ была особенно удачна. Ясно, что нельзя утверждать, къ тому же въ одной и той же фразѣ, что залогъ устанавливается и что, тѣмъ не менѣе, въ пользу кредитора не возникло залогового права. По системѣ нашего проекта, не признающаго ипотеки собственника, это является непримиримымъ противорѣчіемъ, такъ какъ залогъ можетъ возникнуть только въ пользу другого, кромѣ собственника, лица, а слѣдовательно, въ каждомъ данномъ случаѣ, только въ пользу кредитора. Если же этого нѣтъ, то не можетъ быть и залога.

Несмотря на это, слѣдуетъ, однако, признать, что Объясненія, въ сущности, пользуются лишь неточной терминологіей, но имѣютъ въ виду, хотя и безсознательно, нѣчто вполне правильное. А именно, нельзя не согласиться, что при данныхъ условіяхъ внесеніе записи о залогѣ не порождаетъ въ пользу кредитора залогового права. Но въ такомъ случаѣ не приходится и говорить объ установленіи залога. На лицо имѣется лишь фактъ, что въ книгу внесена запись о залогѣ. Однако, до возникновенія требованія и пріобрѣтенія залогового права кредиторомъ, запись эта исполняетъ, какъ сознаютъ и авторы Объясненій, только одну функцію: она сохраняетъ старшинство для имѣющаго воз-

---

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 307 сл., 1896 г. I, стр. 321 сл.

никнуть залога. Другими словами, она исполняет функции отмѣтки о старшинствѣ, отличаясь отъ предусмотрѣнной въ проектѣ отмѣтки о старшинствѣ <sup>1)</sup> лишь въ одномъ отношеніи — она уже не нуждается ни въ какихъ дополнительныхъ внесеніяхъ и приобретаетъ полную силу записи, лишь только появляются матеріальныя для этого условія.

Въ виду этого остается признать, что и самый проектъ и Объясненія выражаются неточно, говоря, что залогъ вносится въ обезпеченіе будущаго требованія. На самомъ дѣлѣ, въ формѣ записи о залогѣ въ вотчинную книгу вносится ничто иное, какъ отмѣтка о будущемъ залогѣ, обладающая нѣсколько особымъ характеромъ, но все же представляющая полную аналогію къ отмѣткѣ о сохраненіи старшинства. И нельзя не замѣтить по этому поводу, что такой неудовлетворительный, съ конструктивной точки зрѣнія, результатъ является неминуемымъ послѣдствіемъ того, что проектъ ВУ. стремится къ достиженію цѣлей, отвѣчающихъ современнымъ функциямъ залога, относясь притомъ отрицательно къ техникѣ современнаго вотчиннаго права, а въ частности, не признавая ипотеки собственника. Ибо при помощи послѣдней желанная цѣль достигалась бы безъ всякихъ затрудненій <sup>2)</sup>.

Аналогичное съ этимъ рѣшеніе долженъ получить вопросъ, какое создается положеніе тогда, когда уже возникшее по кредитному залогу требованіе не достигаетъ предѣльнаго размѣра. Залоговое право можетъ, очевидно, существовать только въ размѣрѣ возникшаго требованія. По отношенію же къ излишку запись о залогѣ продолжаетъ

1) ВУ. 68 сл. См. ниже, § 71.

2) См. BGB. 1163, ср. Gierke Privatrecht I, S. 902, Wolff, Sachenrecht, S. 543 flg., Kober ad 1168, P. II, 1 а. Швейцарское уложеніе соотвѣствующаго постановленія прямо не высказываетъ. Но если сопоставить ст. 824, 813, 814, 863, то нельзя сомнѣваться въ томъ, что оно рѣшаетъ этотъ вопросъ такъ же, какъ уложеніе германское.

играть роль отмѣтки для сохраненія старшинства. Благодаря этому получается результатъ, что, при переменномъ составѣ требованія, соотвѣтственно мѣняется и характеръ внесенной въ вотчинную книгу статьи. Это результатъ, разумѣется, не особенно удачный съ конструктивной точки зрѣнія. Но онъ неизбеженъ при тѣхъ особенностяхъ, которыми обладаетъ нашъ проектъ. Впрочемъ, можно добавить, что подобный же, хотя и болѣе удовлетворительный переменный характеръ свойственъ записи о кредитномъ залогѣ также и по германскому праву. Здѣсь, однако, колебанія происходятъ между ипотекой въ пользу кредитора и ипотекой собственника <sup>1)</sup> и внесенная въ вотчинную книгу статья все же неизмѣнно сохраняетъ характеръ записи о залогѣ.

Если обратиться, затѣмъ, къ вопросу о томъ, какое значеніе и какія послѣдствія имѣетъ статья, внесенная въ обезпеченіе недѣйствительнаго требованія, то необходимо признать, прежде всего, что недѣйствительность требованія должна повлечь за собой недѣйствительность и записи. Собственникъ имѣетъ, слѣдовательно, право требовать ея погашенія, если только недѣйствительность не была покрыта публичною вѣрой книги, до внесенія въ нее отмѣтки о предъявленіи собственникомъ соотвѣтствующаго иска.

Это, очевидно, и отвѣчаетъ воззрѣніямъ составителей проекта, правда, не нашедшимъ выраженія съ самомъ проектѣ <sup>2)</sup>. Напротивъ, невозможно согласиться съ мнѣніемъ ихъ, насколько оно касается послѣдствій погашенія, послѣдовавшаго въ виду недѣйствительности требованія. Это мнѣніе сводится къ тому, что погашенная запись признается несуществующей и не существовавшей. Это вытекаетъ

---

1) Ср. Gierke, Privatrecht I, S. 908, Wolff, Sachenrecht, S. 553 flg., Kober ad 1190, P. 5.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 277 сл., 509, 1896 г. I, стр. 295 сл., 512.

съ полною ясностью изъ сказаннаго въ Объясненіяхъ<sup>1)</sup> по поводу статьи о залогѣ, погашенной вслѣдствіе прекращенія залогового права. Такая статья пріобрѣтаетъ, въ силу ст. 108, значеніе отмѣтки о предстоящемъ залогѣ<sup>2)</sup>. Что же касается статьи, погашенной въ виду недѣйствительности требованія, то редакціонная комиссія прямо заявляетъ, что тутъ „не можетъ быть и рѣчи о сохраненіи старшинства“.

Мотивировки столь рѣшительно высказываемаго мнѣнія не дается. Между тѣмъ, стоитъ представить себѣ послѣдствія такого рѣшенія, чтобы понять его неправильность. Эти послѣдствія еще сносны, если данный залогъ былъ единственнымъ, тяготѣвшимъ на имѣніи или если онъ былъ послѣднимъ. Тогда погашеніе его не производитъ, по крайней мѣрѣ, измѣненія въ правовомъ положеніи. Но если въ вотчинную книгу были внесены еще послѣдующіе залого, то погашеніе приводитъ, разумѣется, къ повышенію ихъ. А благодаря этому, кредиторы пріобрѣтаютъ ничѣмъ не оправдываемую выгоду, собственникъ же терпитъ столь же необоснованный ущербъ. И притомъ, за кредиторами, въ случаѣ абсолютной ничтожности требованія, нельзя будетъ не признавать права предъявлять со своей стороны искъ о признаніи статьи о залогѣ недѣйствительною. Такимъ образомъ, погашеніе можетъ послѣдовать даже помимо воли собственника.

Можно, однако, констатировать, что воззрѣніе комиссіи о непримѣнимости въ разсматриваемомъ случаѣ ст. 108 въ самомъ проектѣ не нашло выраженія. Правда, статья эта говоритъ, что „по прекращеніи залогового права, статья о залогѣ погашается въ вотчинной книгѣ по просьбѣ собственника. Съ погашеніемъ залога по вотчинной книгѣ, статья объ этомъ залогѣ пріобрѣтаетъ значеніе отмѣтки о предстоящемъ залогѣ“. По дословному своему смыслу это постановле-

1) 1893 г. I, стр. 509, 1896 г. I, стр. 512.

2) Ср. ниже, § 59.

ніе, слѣдовательно, имѣть отношеніе только къ прекращенію залогового права, дѣйствительнаго при своемъ внесеніи. Напротивъ, прямого отношенія къ разсматриваемому случаю, въ которомъ залоговое право не могло прекратиться, такъ какъ оно никогда не существовало, ст. 108 не имѣть. Однако, съ другой стороны, вполне ясно и неоспоримо, что соображенія, на которыхъ покоится она, имѣютъ общее значеніе: превращеніе статьи о погашенномъ залогѣ въ отмѣтку о старшинствѣ должно воспрепятствовать повышенію послѣдующихъ ипотекъ съ цѣлью предохранить отъ ущерба собственника недвижимости. И нѣтъ причинъ, по которымъ этой цѣли не слѣдовало бы имѣть въ виду при погашеніи недѣйствительнаго залога. Положеніе дѣла совершенно одинаковое въ обоихъ случаяхъ. Изъ сущности же погашенной статьи нельзя вывести ни одного аргумента въ пользу противоположнаго мнѣнія. Въ самомъ дѣлѣ, отчего собственникъ долженъ бы понести ущербъ, а кредиторы должны бы пріобрѣсти выгоду тогда, когда ипотека погашается изъ за недѣйствительности требованія, между тѣмъ какъ этого не должно быть, когда погашеніе происходитъ по другимъ причинамъ, напр., вслѣдствіе уплаты по требованію?

Въ виду всего этого, нельзя не признать, что ст. 108 должна быть примѣнена также и къ залогу, недѣйствительному вслѣдствіе недѣйствительности обязательственнаго требованія, другими словами, что погашеніе недѣйствительной записи о залогѣ происходитъ только по просьбѣ собственника и что статья о погашенномъ залогѣ пріобрѣтаетъ значеніе отмѣтки о сохраненіи старшинства. А вмѣстѣ съ тѣмъ, приходится сказать, что статья о недѣйствительномъ залогѣ, такъ же, какъ статья о будущемъ залогѣ, съ самаго начала имѣетъ значеніе отмѣтки о старшинствѣ <sup>1)</sup>.

Правда, съ формальной точки зрѣнія необходимо, чтобы

---

1) Ср. объ этомъ ниже, § 60.

послѣдовало погашеніе съ указаніемъ въ записи о погашеніи на новое значеніе статьи. Но такъ какъ недѣйствительная статья подлежитъ погашенію съ момента ея внесенія и такъ какъ погашеніе нисколько не измѣняетъ правоположенія, а лишь констатируетъ существовавшую съ самаго начала недѣйствительность, то, съ матеріальной точки зрѣнія, позволительно утверждать, что статья о недѣйствительномъ залогѣ съ момента внесенія ея имѣетъ значеніе отмѣтки о сохраненіи старшинства для предстоящаго залога.

Но нельзя, разумѣется, не высказать пожеланія, чтобы ст. 108 получила, при окончательной редакціи проекта, соотвѣтствующую, достаточно широкую формулировку.

Въ результатѣ приходится, такимъ образомъ, сказать, что залогъ возникаетъ лишь при наличности дѣйствительнаго требованія и притомъ только тогда, когда требованіе существуетъ уже въ моментъ внесенія статьи о залогѣ. Въ противномъ случаѣ, внесенная уже статья имѣетъ только значеніе отмѣтки о старшинствѣ, отличающейся при кредитномъ залогѣ нѣсколько особымъ характеромъ. И съ чисто практической точки зрѣнія, противъ такой нормировки вопроса возражать особенно рѣшительно не приходится. Съ конструктивной точки зрѣнія, напротивъ, ее слѣдуетъ признать далеко не удовлетворительной. Было бы, безспорно, гораздо правильнѣе признать выдвинутую швейцарскимъ уложеніемъ систему опредѣленныхъ мѣстъ, опирающуюся, къ тому же, на единственно правильное пониманіе сущности залога и комбинировать ее, уже въ цѣляхъ практическихъ, съ ипотекой собственника, благодаря которой отпали бы ненужныя и дорого стоящія формальности, необходимыя по нашему проекту для того, чтобы собственникъ получилъ возможность распоряжаться свободными долями цѣнности своего имѣнія. Тогда и получилась бы согласованность между цѣлями, къ которымъ стремится проектъ ВУ. и техникой, которою онъ пользуется. Въ настоящее же время

онъ, какъ было отмѣчено мимоходомъ уже выше, стремится къ достиженію цѣлей исполнѣ современныхъ, но не желаетъ примѣнять современной техники.

### III. Прекращеніе залогового права.

#### § 59. Ст. 108—111 проекта ВУ.

Первая часть ст. 108 гласитъ: „По прекращеніи залогового права, статья о залогѣ погашается въ вотчинной книгѣ по просьбѣ собственника“.

Это постановленіе основывается, какъ видно на первый взглядъ, на воззрѣніи, что понятія прекращенія залога и погашенія статьи о немъ не совпадаютъ, что, напротивъ, прекращеніе есть явленіе самостоятельное и притомъ по времени предшествующее погашенію и служащее правооснованіемъ послѣдняго. Между тѣмъ, такая нормировка находится, очевидно, въ противорѣчій съ признаваемымъ въ проектѣ принципомъ внесенія.

Изъ матеріаловъ къ проекту явствуетъ, что редакціонная комиссія стала на такую точку зрѣнія исполнѣ сознательно. Она исходитъ <sup>1)</sup> изъ безспорно правильнаго утвержденія, что „институтъ гласныхъ вотчинныхъ книгъ только тогда въ состояніи отвѣчать исполнѣ своему назначенію служить дѣйствительнымъ основаніемъ вотчиннаго оборота, когда не одно лишь установленіе вотчинныхъ правъ, но и прекращеніе ихъ соединено съ производствомъ по книгѣ подлежащей записи“, — другими словами, принципъ внесенія долженъ найти примѣненіе также и къ прекращенію залогового права.

Но уже въ слѣдующемъ затѣмъ абзацѣ Объясненія допускаютъ отступленіе отъ только что высказанной исполнѣ

---

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 505 сл., 1896 г. I, стр. 507 сл.

правильной мысли. Тутъ, именно, запись о погашеніи сразу признается ничѣмъ инымъ, какъ „средствомъ оглашенія прекращенія залогового права“, т. е. погашеніе объявляется не факторомъ правоуничтожающимъ или имѣющимъ вообще матеріальное значеніе, а лишь средствомъ оглашенія того событія, которое произошло внѣ книги. И это, очевидно, равносильно отказу отъ принципа внесенія.

Въ самомъ дѣлѣ, такой отказъ далѣе высказывается уже съ полною откровенностью. Выставляется утвержденіе, что существуетъ принципиальное различіе между условіями возникновенія залога и прекращенія его. По отношенію къ первому, именно, внесеніе играетъ роль необходимаго условія. Погашеніе, напротивъ, по мнѣнію редакціонной комиссіи, „не составляетъ необходимаго условія прекращенія залогового права“. Благодаря этому, „залогъ почитается непосредственно прекратившимся при наступленіи извѣстнаго событія, имѣющаго правопрекращающее дѣйствіе, хотя бы залогъ не былъ погашенъ по вотчинной книгѣ“. Запись же о прекращеніи имѣетъ лишь весьма ограниченное значеніе: она устраняетъ дѣйствіе принципа публичной вѣры вотчинной книги или, по терминологіи Объясненій, принципа безповоротности.

Такимъ образомъ, устраненіе начала внесенія по отношенію къ прекращенію залога вполнѣ отвѣчаетъ намѣреніямъ редакціонной комиссіи. Совершенно неяснымъ остается только вопросъ о томъ, на какомъ основаніи признается упоминаемое въ Объясненіяхъ принципиальное различіе между возникновеніемъ и прекращеніемъ залога. Констатируется лишь фактъ, имѣющійся на лицо по мнѣнію комиссіи.

Но какъ бы то ни было, на изложенной только что мысли дѣйствительно построено ученіе проекта ВУ. о прекращеніи залогового права. На ней покоится, прежде всего, ст. 108, выражающая основное по всему этому вопросу правило. Ей не противорѣчатъ и остальные статьи,

При этомъ, ст. 110 имѣетъ назначеніе согласовать съ принципомъ публичной вѣры постановленіе ст. 108 — необходимость принимать въ этомъ отношеніи особыя мѣры появляется, очевидно, вслѣдствіе того, что ст. 108 допускаетъ, благодаря устраненію принципа внесения, разладъ между книжнымъ и матеріальнымъ правомъ <sup>1)</sup>. Ст. 110 постановляетъ, что собственникъ, не принявшій мѣръ къ погашенію прекратившагося залогового права, не можетъ выставять противъ третьяго добросовѣстнаго и возмезднаго приобрѣтателя возраженій, основывающихся на фактѣ прекращенія.

Ясно, что статья эта была бы совершенно излишняя, если бы начало внесения было соблюдено. Но нельзя не прибавить, что она, въ сущности, излишняя и при имѣющихся въ проектѣ постановленіяхъ, такъ какъ общій принципъ публичной вѣры вотчинной книги остается въ силѣ, несмотря на ст. 108 <sup>2)</sup>. Съ другой стороны, правда, слѣдуетъ считаться съ тѣмъ, что ст. 108 вноситъ въ этотъ вопросъ немало неясности и можетъ ввести въ заблужденіе практику. А поэтому, придется согласиться съ оставленіемъ въ составѣ проекта ст. 110, если останется ст. 108.

Въ противоположность этому, въ ст. 111 нѣтъ необходимости даже при нынѣшнемъ положеніи дѣла. Она предусматриваетъ случай неправильнаго погашенія залога. Если онъ будетъ возстановленъ по судебному рѣшенію, то этимъ

1) Это сознавала, впрочемъ, и сама редакціонная комиссія. Давая, въ общемъ, лишь перефразировку ст. 110, она замѣчаетъ (Объясненія 1893 г. I, стр. 513 сл., 1896 г. I, стр. 515 сл.) предварительно: „Такъ какъ понятія прекращенія и погашенія залоговыхъ правъ не совпадаютъ другъ съ другомъ, то содержаніе вотчинной книги по вопросу о томъ, продолжаетъ ли существовать или уничтожилось то или другое изъ внесенныхъ въ нее залоговыхъ правъ, можетъ оказаться несоотвѣтствующимъ дѣйствительности. Поэтому и здѣсь, какъ при установленіи залога, необходимо вмѣшательство закона“. Редакціонная комиссія относитъ, впрочемъ, это замѣчаніе также и къ ст. 111.

2) Уже выше, въ § 53, было отмѣчено, что ст. 110 представляетъ собой лишь примѣненіе къ частному случаю общаго правила ст. 107.

не могутъ быть нарушены права, прибрѣтенныя добросовѣстно и возмездно третьими лицами.

Ясно, что эта норма вытекаетъ также изъ принципа публичной вѣры: залогъ былъ погашенъ, третьи лица могли полагаться на соотвѣтствующую запись и если она была признана впослѣдствіи неправильной, то это никакого вліянія на ихъ права имѣть не можетъ. Слѣдуетъ даже добавить, что ст. 111 въ состояніи вызвать недоразумѣнія вслѣдствіе того, что она рассчитана только на одинъ частный случай. Она говоритъ, что третьи лица „не теряютъ прибрѣтеннаго ими старшинства“. Составители проекта, повидимому, имѣли въ виду только права въ чужой недвижимости, а также право залога<sup>1)</sup>. Между тѣмъ, та же самая норма должна примѣняться и къ случаю прибрѣтенія третьими лицами права собственности. Другими словами, залогъ, неправильно погашенный, не только не можетъ прибрѣсти прежняго старшинства, но вовсе не можетъ быть возстановленъ, если, въ промежутокъ времени между погашеніемъ и признаніемъ погашенія неправильнымъ, данная недвижимость была прибрѣтена третьимъ добросовѣстнымъ лицомъ.

Эта норма, очевидно, нисколько не касается вопроса о соотношеніи между прекращеніемъ залога и погашеніемъ статьи о немъ. Она сохраняла бы свое значеніе также при полномъ соблюденіи начала внесенія, и, разумѣется, вытекала бы и при этомъ условіи непосредственно изъ принципа публичной вѣры вотчинной книги.

Мало удовлетворительною является и ст. 109, рассчитанная на одинъ частный случай. А именно, запись о срочномъ поручительномъ залогѣ<sup>2)</sup> погашается только по исте-

1) Если судить по ст. 11, 1, то допустимо, однако, и предположеніе, что комиссія имѣла въ виду также и право собственности, такъ какъ указанная статья желаетъ подчинить дѣйствію принципа старшинства и это право — ср. выше, т. I, § 27.

2) Ср. ниже, § 66.

ченіи двухъ мѣсяцевъ со времени наступленія срока, если притомъ не была внесена статья по иску кредитора къ собственнику и къ должнику или статья по объявленію должника несостоятельнымъ.

Это постановленіе, въ сущности, также не имѣетъ отношенія къ принципиальному вопросу о прекращеніи залога. Оно сводится къ тому, что срочный поручительный залогъ прекращается не въ моментъ истеченія срока, а на два мѣсяца позднѣе. Вслѣдствіе этого и погашеніе не можетъ послѣдовать раньше. А при наличности извѣстныхъ условій, въ частности, въ случаѣ принятія кредиторомъ опредѣленныхъ мѣръ, залогъ сохраняетъ свое значеніе и дальше.

Рѣчь идетъ, такимъ образомъ, только объ отсрочкѣ прекращенія и проектъ совершенно напрасно выдвигаетъ на первый планъ погашеніе, которое и тутъ остается лишь средствомъ оглашенія юридическаго факта, совершившагося внѣ вотчинной книги. Въ самомъ дѣлѣ, и сама редакціонная комиссія <sup>1)</sup> приписываетъ ст. 109 чисто практическое значеніе и оправдываетъ ее лишь практическими соображеніями, сводящимися къ тому, что безъ признанія льготнаго срока вѣритель былъ бы лишенъ возможности осуществить свои права по залогу, въ особенности тогда, когда совпадаютъ срокъ истеченія залога и срокъ возникновенія права на искъ по обязательственному требованію къ главному должнику.

Съ этимъ едва ли можно согласиться. Стороны, при установленіи залога и опредѣленіи срока, должны, очевидно, рассчитать послѣдній такъ, чтобы залогъ не оказался бесполезнымъ. А законъ, кажется, не имѣетъ причинъ устанавливать льготный срокъ для вѣрителя, не сумѣвшаго позаботиться о своихъ собственныхъ интересахъ. Можно, впрочемъ, прибавить, что редакціонная комиссія, вѣроятно, права, если она утверждаетъ, что введенный въ ст. 109 двухъ-

---

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 509 сл., 1896 г. I, стр. 512 сл.

мѣсячный срокъ не нарушаетъ ничьихъ интересовъ. Но это окажется правильнымъ не въ виду его справедливости и краткости, какъ полагаетъ комиссія, а потому, что стороны будутъ учитывать его. Другими словами, ст. 109 приведетъ къ тому, что срочный поручительный залогъ будетъ устанавливаться на срокъ, двумя мѣсяцами менѣе продолжительный, чѣмъ то было бы при молчаніи объ этомъ вопросѣ закона. Излишне говорить, что въ виду этого данная статья является совершенно излишнею и свободно можетъ быть исключена<sup>1) 2)</sup>.

Итакъ, оказывается, какъ было замѣчено уже выше, что основная мысль ст. 108 остается неприкосновенной и что прочія нормы отдѣленія 10 главы IV проекта не вносятъ въ нее никакой поправки: залогъ прекращается самостоятельно, внѣ зависимости отъ вотчинной книги. Коррективъ вводится только въ силу начала публичной вѣры, благодаря которому непогашенный, хотя бы и прекратившійся залогъ признается въ силѣ въ пользу добросовѣстныхъ и возмездныхъ приобретателей.

Самъ проектъ не указываетъ тѣхъ основаній, по которымъ прекращается залоговое право. Лишь мимоходомъ упоминается, въ ст. 110, о прекращеніи „въ силу платежа

---

1) Ср., по этому вопросу, особое мнѣніе двухъ членовъ редакціонной комиссіи въ Объясненіяхъ 1893 г. I, стр. 511 сл. и Св. Зам., № 241.

2) Нельзя не отмѣтить, что Объясненія къ ст. 109 заканчиваются утвержденіемъ, что „срочный залогъ почитается, согласно ст. 108 (109 проекта 1907 г.) проекта, прекратившимся, по отношенію къ упомянутымъ, (т. е. добросовѣстнымъ и возмезднымъ) приобретателямъ, не со времени наступленія срока, а со времени его погашенія по книгѣ“. Это мотивируется указаніемъ на то, что положеніе добросовѣстныхъ и возмездныхъ приобретателей должно быть однимъ и тѣмъ же по отношенію къ срочному залoгу и къ прочимъ видамъ залога. Между тѣмъ, такое воззрѣніе, очевидно, неправильно. Добросовѣстности въ смыслѣ вотчинной системы, т. е. незнанія о прекращеніи залога вслѣдствіе истеченія срока быть не можетъ, такъ какъ срокъ указанъ въ записи о залoгѣ. См. о значеніи срока для прекращенія залога ниже въ текстѣ.

или иного основанія“. Въ Объясненіяхъ <sup>1)</sup>), напротивъ, говорится, что прекращеніе залога можетъ быть послѣдствіемъ, во-первыхъ, событій, касающихся требованія, а во-вторыхъ, событій, касающихся непосредственно залога и уничтожающихъ его, не затрогивая, однако, обязательственнаго требованія.

Къ событіямъ первой категоріи относятся, по мнѣнію Объясненій, факты, дѣлающіе требованіе недѣйствительнымъ съ самаго начала и факты, уничтожающіе дальнѣйшее его существованіе, т. е. „платежъ, совпаденіе въ одномъ лицѣ кредитора и должника, зачетъ, отказъ отъ требованія, обновленіе послѣдняго и т. п., однимъ словомъ, всѣ способы прекращенія требованій, извѣстные общимъ началамъ обязательственнаго права, за исключеніемъ, впрочемъ, давности, такъ какъ послѣдняя, по силѣ ст. 7 проекта<sup>2)</sup>), не распространяется на требованія, обеспеченныя залогомъ“. Во всѣхъ случаяхъ этой категоріи прекращеніе залога является неминуемымъ въ силу акцессорнаго характера залога.

Далѣе, Объясненія занимаются вопросомъ о непосредственномъ прекращеніи залога, поводами котораго могутъ являться гибель обремененной недвижимости, совпаденіе права на залогъ съ правомъ собственности, публичная продажа имѣнія, отказъ отъ залога и наступленіе срока, на который залогъ былъ установленъ. При этомъ, болѣе близкаго разсмотрѣнія удостоиваются лишь нѣкоторые изъ этихъ поводовъ. Въ частности указывается, по вопросу о совпаденіи, на то, что „право собственности, какъ большее по своему объему, поглощаетъ, въ силу необходимой логики вещей, меньшее право“. Прибѣгать же къ признанному другими законодательствами институту ипотеки собственника редакціонная комиссія не желала въ виду соображеній

1) Объясненія 1896 г. I, стр. 509 сл. Объясненія 1893 г. молчатъ объ этомъ вопросѣ.

2) Ст. 8 проекта 1907 г.

какъ конструктивныхъ, такъ и цивильно-политическихъ<sup>1)</sup>. Однако, съ другой стороны, она сочла необходимымъ предоставить собственнику право распоряжаться старшинствомъ погашенной ипотеки. Для этой цѣли и вводится предусмотрѣнное въ ст. 108,2 превращеніе статьи о погашенномъ залогѣ въ отмѣтку о старшинствѣ.

Затѣмъ указывается лишній разъ на то, что отказъ отъ залога не затрогиваетъ обязательственного требованія. По вопросу же о дѣйствіи срока даются только соображенія, относящіяся къ срочному залогу поручительному. Наконецъ, имѣется еще указаніе на то, что вопросъ о дѣйствіи публичной продажи рѣшается не проектомъ ВУ., а проектомъ ППВ.

Вотъ къ чему сводятся соображенія редакціонной комиссіи, обосновывающія и развивающія ея теорію о прекращеніи залогового права. Для оцѣнки ея слѣдуетъ, однако, указать предварительно на одно очевидное недоразумѣніе. Оно заключается въ томъ, что комиссія считаетъ первоначальную недѣйствительность требованія поводомъ къ прекращенію залога<sup>2)</sup>. Это, разумѣется, неправильно. При недѣйствительности требованія залога вовсе не возникаетъ и запись о немъ недѣйствительна съ самаго начала и подлежитъ погашенію. Иной результатъ могъ бы получиться только при признаніи формальной силы внесенія.

Такимъ образомъ, изъ поводовъ прекращенія залога остаются только, во-первыхъ, тѣ, которые покоятся на прекращеніи требованія, во-вторыхъ, тѣ, которые касаются непосредственно самого залога.

1) Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 365 сл., 1896 г. I, стр. 376 сл. Вопросъ объ отношеніи проекта къ ипотекаъ собственника разсматривается *ex professo* ниже, § 70.

2) Это возразѣніе находится, впрочемъ, въ явномъ противорѣчій съ разобраннмъ въ предыдущемъ параграфѣ отношеніи редакціонной комиссіи къ вопросу о примѣнимости ст. 108,2 къ записи о недѣйствительномъ залогѣ.

Если разсматривать сначала послѣдніе, то можно сказать, что никакихъ сомнѣній не возбуждаетъ гибель недвижимости — уничтоженіе объекта права однозначно съ прекращеніемъ самаго права. И такъ какъ, кромѣ того, неминувшимъ послѣдствіемъ гибели недвижимости является закрытіе вотчинной книги, то тутъ и не грозитъ противорѣчіе между книжнымъ правомъ и матеріальнымъ.

Болѣе сложное положеніе создается при публичной продажѣ. При принятой проектомъ ППВ. системъ наименьшаго предложенія <sup>1)</sup>, съ точки зрѣнія судьбы ипотекъ, приходится дѣлить ихъ на двѣ категоріи: на тѣ, которыя покрываются вырученной цѣной и на тѣ, которыя остаются неудовлетворенными. Послѣднія погашаются при утвержденіи имѣнія за покупщикомъ, между тѣмъ какъ изъ первыхъ погашаются лишь тѣ, которыя не остаются на имѣніи <sup>2)</sup>. Оставаясь въполнѣ на точкѣ зрѣнія, занимаемой составителями проекта, тѣмъ не менѣе, слѣдуетъ сказать, что прекращеніе залога можетъ происходить только въ моментъ погашенія, такъ какъ лишь къ этому моменту окончательно выясняется, которыя изъ ипотекъ подлежатъ погашенію и которыя остаются на имѣніи. Самый же актъ продажи не можетъ имѣть въ этомъ отношеніи рѣшающаго значенія, уже въ виду того, что покупщику и кредитору предоставляется заключить условіе объ оставленіи на имѣніи долга даже тогда, когда послѣднимъ было заявлено требованіе объ удовлетвореніи изъ вырученной публичною продажей суммы <sup>3)</sup>. Считать же подобное соглашеніе возстановленіемъ уже прекратившагося залога нѣтъ никакого основанія. А съ другой стороны, нѣтъ основанія и къ проведенію грани между покрытыми

1) Ср. ниже, § 96.

2) ППВ. 173 сл.

3) Ср. проектъ ППВ. 174,3. Изъ прямого смысла этого постановленія явствуетъ, что подобное соглашеніе можетъ быть заключено и послѣ публичной продажи. На это указывается также и въ Объясненіяхъ къ проекту ППВ. 1893 г., стр. 216 сл., 1896 г., стр. 237.

покупной цѣной ипотеками и непокрытыми въ томъ смыслѣ, чтобы лишь послѣднія считались прекратившимися вслѣдствіе самой публичной продажи.

Въ виду всего этого можно признать, что по вопросу о прекращеніи залога вслѣдствіе публичной продажи принципъ внесенія проводится съ полною послѣдовательностью <sup>1)</sup>.

То же самое можно сказать и относительно отреченія вѣрителя отъ залога и наступленія срока. При полномъ о нихъ молчаніи проекта, нельзя не считаться съ тѣмъ, что срокъ залога внесенъ въ вотчинную книгу, благодаря чему въ моментъ наступленія срока изъ статьи о залогѣ явствуесть фактъ его прекращенія. Слѣдовательно, принципъ внесенія исполнѣ соблюденъ и если, тѣмъ не менѣе, вносится еще особая статья о погашеніи, то это дѣлается только ради порядка и для избѣжанія недоразумѣній. Что же касается отказа отъ залога, то тутъ, очевидно, не можетъ быть рѣчи о непосредственномъ прекращеніи его. Отреченіе есть ни что иное, какъ частное волеизъявленіе <sup>1)</sup> и за нимъ никоимъ не можетъ быть признана большая сила, чѣмъ за договоромъ. Договоръ же, какъ извѣстно, не оказываетъ, по системѣ проекта, непосредственнаго вліянія на вотчинныя права. Необходимо, напротивъ, чтобы онъ прошелъ черезъ медіумъ внесенія. А поэтому слѣдуетъ, въ силу элементарной логики, признавать за отказомъ отъ залога значеніе лишь правооснованія для внесенія статьи о погашеніи. Прекращеніе же залога можетъ произойти лишь вслѣдствіе послѣдняго.

Болѣе серьезныя затрудненія вызываетъ вопросъ о совпаденіи въ одномъ лицѣ права собственности и залогового

1) Благодаря этому получается, правда, мало удовлетворительный результатъ, что публичная продажа оказываетъ другое дѣйствіе на залоговое право, какъ на прочія вотчинныя права, — ср. выше, т. I, § 16. Но въ виду нормъ проекта, такой выводъ неизбеженъ.

2) Ср. о сущности отреченія статью бар. Нольде въ Вѣстн. гр. пр. 1913, 3, стр. 121 сл.

права. Самъ проектъ хранить молчаніе и о немъ, не давая даже косвенныхъ указаній на то или иное рѣшеніе. Въ виду этого изъ общихъ принциповъ вотчинной системы, а въ частности изъ начала внесенія, можно было бы сдѣлать выводъ, что залогъ остается, съ случаѣмъ совпаденія, въ силѣ и что послѣднее есть ничто иное, какъ основаніе для погашенія. Но по системѣ проекта ВУ. появилось бы серьезное затрудненіе въ виду того, что пришлось бы констатировать, при такихъ условіяхъ, наличность ипотеки собственника, котораго, какъ извѣстно, проектъ отрицаетъ, съ внѣшней стороны, съ полною послѣдовательностью. А благодаря этому, получается необходимость отождествлять волю проекта съ волей составителей его и установить, что въ силу совпаденія залоговое право прекращается, независимо отъ погашенія<sup>1)</sup>.

Слѣдовательно, не приходится отрицать, что тутъ имѣется на лицо отступленіе отъ принципа внесенія.

Такое же отступленіе имѣется, какъ было отмѣчено уже выше, въ случаѣ прекращенія требованія. И тутъ приходится опираться уже не только на отрицательное отношеніе къ ипотецѣ собственника со стороны проекта и на воззрѣнія редакціонной и особой комиссій. Напротивъ, самый текстъ ст. 108 сл. не допускаетъ другого вывода.

Каковы же послѣдствія этихъ отступленій отъ одного изъ основныхъ принциповъ вотчинной системы?

Залогъ считается прекратившимся и запись о немъ подлежитъ погашенію. Въ силу же вещнаго характера залогового права послѣдствіемъ прекращенія должно быть повышение послѣдующихъ ипотекъ. Такой результатъ, однако, причинялъ бы ущербъ собственнику и улучшалъ бы, безъ основанія, положеніе младшихъ кредиторовъ. Для избѣжанія заключающейся въ этомъ явной несправедливости, проектъ устанавливаетъ, въ затронутой уже выше<sup>2)</sup> ст. 108, 2,

1) Ср. Объясненія 1896 г. I, стр. 510 сл., Ж. О. К., стр. 207 сл.

2) См. предыдущій параграфъ.

что „съ погашеніемъ залога по вотчинной книгѣ, статья объ этомъ залогѣ приобрѣтаетъ значеніе отмѣтки о предстоящемъ залогѣ, о чемъ означается въ самой записи о погашеніи“.

Изъ словъ проекта явствуетъ, что превращеніе записи о залогѣ въ отмѣтку о старшинствѣ происходитъ автоматически, безъ особой о томъ просьбы собственника, лишь только заявлена просьба о погашеніи. А изъ смысла этого института вытекаетъ само собой, что согласія младшихъ кредиторовъ для этого не требуется<sup>1)</sup>. Въ виду этого слѣдуетъ сказать, что статья о залогѣ приобрѣтаетъ значеніе отмѣтки о старшинствѣ съ самаго момента внѣкнижнаго прекращенія залога, внесеніе же въ книгу соответствующей статьи имѣетъ лишь формальное значеніе. Такой выводъ, впрочемъ, подтверждается еще тѣмъ, что подобное внесеніе совершается лишь по просьбѣ собственника. Ясно, что незаявленіе имъ такой просьбы не можетъ придать подлежащей погашенію статьѣ иного значенія. Въ частности, оно не можетъ сохранить за статьѣй значеніе записи о залогѣ и собственникъ — что и высказывается особо въ материалахъ къ проекту<sup>2)</sup> — не можетъ распоряжаться несуществующимъ уже залоговымъ правомъ. Если же онъ желаетъ использовать признанныя за нимъ въ этомъ отношеніи права, то онъ долженъ предпринять необходимые шаги для формальнаго превращенія статьи о залогѣ въ отмѣтку о старшинствѣ. Лишь послѣ этого онъ можетъ утилизировать освободившуюся долю цѣнности своего имѣнія. А до тѣхъ поръ данная статья выполняетъ по отношенію къ нему только отрицательныя функціи: она препятствуетъ повышенію младшихъ ипотекъ. Положи-

1) Ср. также Объясненія 1893 г. I, стр. 507 сл., 1896 г. I, стр. 511 сл. — Противъ такого рѣшенія полемизируетъ въ интересахъ младшихъ кредиторовъ, опираясь, при этомъ, на право римское и французское, г. Андрущенко въ Св. Зам., № 141, стр. 177.

2) См., въ особенности, Ж. О. К., стр. 207.

тельныхъ же своихъ функцій, которыя заключаются по отношенію къ собственнику въ предоставленіи ему права распоряженія этою долей цѣнности, она выполнять не можетъ.

Но именно до формальнаго превращенія въ отмѣтку о старшинствѣ запись о залогѣ имѣетъ весьма важное значеніе для третьихъ лицъ: третье лицо, добросовѣстно и возмездно заключившее сдѣлку о приобрѣтеніи прекратившагося залогового права, признается приобрѣтшимъ его и пользуется всѣми правами кредитора по залогу <sup>1)</sup>. Другими словами, принципъ публичной вѣры вотчинной книгѣ сохраняетъ полную силу по отношенію къ записи о залогѣ, несмотря на внѣкнижное прекращеніе внесеннаго права.

#### **§ 60. Оцѣнка постановленій проекта.**

Приступая къ оцѣнкѣ рѣшенія, принятаго проектомъ по вопросу о прекращеніи залогового права, необходимо сказать, что оно неудовлетворительно, какъ съ практической, такъ и съ научной точки зрѣнія.

Что касается первой изъ нихъ, то слѣдуетъ, правда, признать, что проектъ стремится къ достиженію тѣхъ же результатовъ, которые получаются по современнымъ кодексамъ. Въ самомъ дѣлѣ, принципъ публичной вѣры вотчинной книги соблюдается, несмотря на нарушеніе принципа внесенія, и подъ дѣйствіемъ его прекратившееся внѣ книги залоговое право возрождается, лишь только этого требуютъ интересы добросовѣстнаго оборота. Съ другой же стороны, превращеніе записи о прекратившемся залогѣ въ отмѣтку о старшинствѣ предохраняетъ собственника отъ повышенія младшихъ ипотекъ, несмотря на то, что проектъ признаетъ право залога правомъ вещнымъ, охватывающимъ всю недвижимость, какъ одно цѣлое.

Но вмѣстѣ съ тѣмъ, нельзя не отмѣтить, что избраніе

<sup>1)</sup> Ст. 110.

проектомъ такого обходнаго пути для достиженія желанной цѣли вызываетъ значительныя неудобства, именно, съ практической точки зрѣнія: чтобы получить возможность распоряжаться освободившеюся долею цѣнности своего имѣнія, собственникъ долженъ преодолѣть рядъ формальныхъ затрудненій. Онъ долженъ прѣсвить, во-первыхъ, о погашеніи статьи о залогѣ, и онъ долженъ, во-вторыхъ, исполнить всѣ формальности, необходимыя для установленія новаго залога. И само собой разумѣется, что онъ долженъ нести всѣ связанные съ этимъ расходы.

Ясно, что такое положеніе дѣла будетъ отзываться очень сильно въ дѣловомъ оборотѣ. И нельзя не предположить, что весьма скоро войдетъ въ обычай обходъ постановленій проекта: собственники, для избѣжанія расходовъ и хлопотъ, откажутся отъ погашенія прекратившихся залоговъ и оставятъ въ силѣ запись о нихъ, съ тѣмъ, чтобы уступить прекратившееся залоговое право, въ случаѣ надобности, третьему лицу. Практическое же осуществленіе такого способа обходить законъ не будетъ представлять серьезныхъ затрудненій<sup>1)</sup>.

На подобную возможность было указано въ свое время

1) Наиболѣ простымъ путемъ будетъ, повидимому, уступка прекратившейся ипотеки подставному лицу, находящемуся, такъ или иначе, въ близкихъ отношеніяхъ къ собственнику. А это лицо учинить, со своей стороны, цессию новому пріобрѣтателю. При книжномъ залогѣ съ такою процедурой связанъ нѣкоторый рискъ, который можетъ быть устраненъ лишь внесеніемъ въ вотчинную книгу предусмотрѣнной въ ст. 85 ВУ. оговорки объ ограниченіи кредитора въ правѣ распоряженія ипотекой. Вслѣдствіе этого, пришлось бы вносить, кромѣ того, до исползованія ипотеки статью о погашеніи этого ограниченія. Другими словами, при книжной ипотека пришлось бы исполнить довольно тягостныя формальности. Напротивъ, ипотека актовая представляетъ большія удобства и въ этомъ отношеніи, такъ какъ оставленіе акта въ рукахъ собственника дѣлаетъ невозможнымъ злоупотребленія со стороны фиктивного цессионарія. — Можно прибавить, что въ Прибалтійскомъ краѣ, мѣстное право котораго также не признаетъ ипотеки собственника, та же цѣль достигается посредствомъ бланковой цессии обезпеченнаго залогомъ требованія, на основаніи ст. 3473 Св. гражд. уз. губ. Прибалт. — ср. касс. рѣш. 1912 г., № 120.

уже въ отзывѣ министра внутреннихъ дѣлъ<sup>1)</sup>. Особая же комиссія пренебрегла этимъ предостереженіемъ и высказала мнѣніе, что, съ одной стороны, для собственниковъ не имѣется достаточныхъ побужденій для совершенія подобныхъ поступковъ, и что, съ другой, — заинтересованными лицами можетъ быть предъявленъ споръ противъ такихъ незаконныхъ сдѣлокъ<sup>2)</sup>.

Кажется, однако, что опытъ поземельнаго оборота въ Россіи доказалъ въ достаточной мѣрѣ, что желаніе избѣжать расходовъ и хлопотъ является весьма сильнымъ стимуломъ для обхода закона<sup>3)</sup>. И трудно сомнѣваться въ томъ, что это желаніе сыграетъ въ будущемъ ту же самую роль, какъ въ прошедшемъ и настоящемъ. Что же касается возможности спора противъ уступки прекратившагося залога, то она не можетъ дѣйствовать сдерживающе на собственника по той простой причинѣ, что такой споръ можетъ быть предъявленъ исключительно самимъ собственникомъ или его правопреемниками. Только одни они заинтересованы въ признаніи даннаго залогового права прекратившимся, между тѣмъ какъ интересъ младшихъ кредиторовъ этимъ вовсе не затрагивается. Это признается, впрочемъ, самимъ проектомъ ВУ. въ ст. 108, постановляющей, что запись о прекратившемся залогѣ погашается по просьбѣ собственника, а не другихъ какихъ либо лицъ. Искъ же о признаніи подобнаго залога прекратившимся долженъ имѣть, очевидно, конечною цѣлью погашеніе статьи о немъ. Превращеніе же записи о залогѣ въ отмѣтку о старшинствѣ оставляетъ неизмѣнной позицію младшихъ кредиторовъ.

1) Стр. 20 сл.

2) Ж. О. К., стр. 207 сл.

3) На это указываютъ, какъ Объясненія 1893 г. I, стр. 24 сл., 1896 г. I, стр. 24 сл., такъ и самъ Ж. О. К., стр. 10, столь рѣшительно отрицающій по вопросу о прекращеніи залога пагубное вліяніе излишнихъ формальностей.

Если же дѣло обстоит такъ, то ясно, что постановленія проекта создаютъ только почву для злоупотребленій со стороны собственниковъ. Благодаря этому, оборотъ ипотеками дѣйствительно будетъ находиться въ шаткомъ положеніи, насколько для каждаго отдѣльнаго случая фиктивнымъ путемъ, въ частности, посредствомъ цессіи въ пользу подставныхъ лицъ, не удастся создать формальную добросовѣстность пріобрѣтателей — въ огражденіе ихъ отъ исковъ собственника. А такъ какъ въ достижимости этой цѣли сомнѣваться не приходится, то можно смѣло предсказать, что сама жизнь устранить постановленія проекта о внѣкнижномъ прекращеніи залогового права и создать, такимъ образомъ, столь рѣшительно отвергаемую и редакціонною и особою комиссіями ипотеку собственника. Но само собою разумѣется, что съ этимъ будутъ связаны въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ значительныя формальныя неудобства и нѣкоторые расходы, не говоря уже о томъ, что по отношенію къ мало опытнымъ и довѣрчивымъ пріобрѣтателямъ правъ по залогу все еще останется возможность злоупотребленій. Съ другой же стороны — и это безспорно еще важнѣе — авторитетъ закона не можетъ не страдать отъ подобнаго систематическаго обхода его, вызваннаго его же недостатками. А какое вліяніе на правосознаніе населенія окажетъ подобное положеніе дѣла, объ этомъ излишне и распространяться.

Таковы недостатки принятаго проектомъ рѣшенія съ практической точки зрѣнія. Съ теоретической же точки зрѣнія необходимо обратить вниманіе, прежде всего, на ничѣмъ не оправдываемое отступленіе проекта отъ принципа внесенія. Правда, Объясненія утверждаютъ, что иного рѣшенія быть не можетъ въ силу необходимой логики вещей, такъ какъ залогъ есть право акцессорное, благодаря чему онъ долженъ прекращаться вслѣдствіе прекращенія требованія и такъ какъ, съ другой стороны, право собственности въ слу-

чаѣ совпаденія не можетъ не поглощать залогового права. Однако, если стать на почву подобной абстрактной логики, то пришлось бы отрицать всю вотчинную систему. Пришлось бы отрицать, прежде всего, предусматриваемую самимъ проектомъ возможность возстановленія, въ пользу добросовѣстнаго пріобрѣтателя залога, прекратившагося вслѣдствіе совпаденія или прекращенія требованія. Если же признавать, что это есть необходимое послѣдствіе принципа публичной вѣры, то въ такомъ признаніи заключается и признаніе болѣе общаго положенія, что вотчинная система находится подъ дѣйствіемъ особыхъ законовъ и что для поддержанія ея требуется, въ рядѣ случаевъ, отступленіе отъ матеріальной правды въ пользу правды формальной. Въ частности же, слѣдуетъ признать, что къ ней не можетъ примѣняться отвлеченная логика, игнорирующая основы ея существованія. Напротивъ, всякая касающаяся вотчинной системы аргументація должна исходить изъ того, что эта система покоится на двухъ принципахъ, на принципѣ внесенія и на принципѣ публичной вѣры. А оба эти принципа находятся въ тѣсной другъ съ другомъ связи и въ взаимной зависимости.

Если же это такъ, то остается непонятнымъ, отчего въ данномъ случаѣ долженъ соблюдаться одинъ изъ нихъ, между тѣмъ какъ другой можетъ нарушаться. И нельзя, очевидно, считать даже просто логичною нормировку, согласно которой залогъ прекращается независимо отъ погашенія, но оживаетъ снова, если онъ уступается добросовѣстному третьему лицу по возмездной сдѣлкѣ. Не проще ли принять положеніе западныхъ кодексовъ, согласно которому залогъ продолжаетъ считаться дѣйствительнымъ, пока онъ не погашенъ по книгѣ, при чемъ противъ пріобрѣтателя, знавшаго о недостаткахъ пріобрѣтеннаго права, допускаются соотвѣтствующія возраженія, такъ какъ защитой долженъ пользоваться только оборотъ добросовѣстный?

Кажется, что такое рѣшеніе болѣе удовлетворительно

именно съ логической точки зрѣнія, чѣмъ то, которое принято проектомъ „въ силу необходимой логики вещей“.

Это одно. А кромѣ того, не поражаетъ ли своею искусственностью принятый проектомъ институтъ статьи о погашенномъ залогѣ? Вѣдь на дѣлѣ тутъ имѣется ничто иное, какъ недоразвитая форма ипотеки собственника, столь рѣшительно отрицаемой составителями проекта<sup>1)</sup>. А съ другой стороны, бросается въ глаза заключающееся въ признаніи отмѣтки о старшинствѣ рѣзкое отступленіе отъ основного взгляда комиссій на сущность залога. Разъ онъ является правомъ вещнымъ, охватывающимъ всю вещь какъ цѣлое, то единственно логичнымъ послѣдствіемъ прекращенія предыдущаго залога является повышение послѣдующихъ залоговъ. Если же составители проекта не желали допустить такого результата, съ чѣмъ, разумѣется, нельзя не согласиться, то имъ оставалось только отказаться отъ выставленнаго ими понятія залога.

Однако, они этого не сдѣлали. Они сохранили свое принципиальное воззрѣніе, но допустили отступленіе отъ него именно по тому вопросу, по которому оно должно было проявляться прежде всего. И если такой методъ уже самъ по себѣ обезцѣниваетъ конструктивный базисъ проекта, то онъ, кромѣ того, окончательно лишаетъ всякой убѣдительности указанія проекта на то, что такія то нормы должны быть приняты „въ силу необходимой логики вещей“. Въ самомъ дѣлѣ, отчего можно было бы отказаться отъ логическихъ выводовъ изъ вещнаго характера залогового права, между тѣмъ, какъ акцессорность должна быть проведена съ полною послѣдовательностью? И этотъ вопросъ имѣетъ тѣмъ больше вѣса, съ выдвигаемой Объясненіями и Журналомъ Особой Комиссіи чисто логической точки зрѣнія, что въ первомъ случаѣ нарушались бы только практическіе интересы, между

---

1) Ср. ниже, § 70.

тѣмъ какъ во второмъ происходитъ столкновение между принципомъ акцессорности и принципомъ внесенія.

Однимъ словомъ, необходимость прекращенія залога внѣ книги никоимъ образомъ не можетъ быть доказана при помощи тѣхъ отвлеченно-логическихъ доводовъ, которыми оперируютъ, по этому поводу, составители проекта. Напротивъ, и съ этой точки зрѣнія остается лишь констатировать, что та непослѣдовательность, съ которою авторы проекта вообще относятся къ конструктивнымъ вопросамъ, проявляется здѣсь съ особою яркостью — хотѣлось бы сказать, проводится съ особою послѣдовательностью.

При такомъ положеніи дѣла остается только высказать пожеланіе, чтобы ученіе проекта о прекращеніи залога было тщательно переработано и поставлено на болѣе твердую почву. Путемъ проведенія принципа внесенія и признанія ипотеки собственника такой результатъ могъ бы быть достигнутъ даже при сохраненіи основныхъ воззрѣній проекта на сущность залога — если уже проекту не суждено усвоить дѣйствительно правильное и современное воззрѣніе на залогъ.

---

## Виды залога.

### § 61. Виды залога по BGB. и ZGB.

Взаимное вліяніе другъ на друга римско-правовыхъ и германско-правовыхъ элементовъ, партикуляристическій характеръ правового развитія въ отдѣльныхъ территоріяхъ, разнообразныя потребности кредитнаго оборота — всѣ эти моменты, вмѣстѣ взятые, привели къ тому, что составителямъ новѣйшихъ кодексовъ, германскаго равно, какъ и швейцарскаго, пришлось столкнуться съ цѣлымъ рядомъ исторически выработавшихся отдѣльныхъ видовъ залогового права, которые отличаются другъ отъ друга какъ по своей юридической конструкціи, такъ и по экономическимъ функціямъ, исполняемымъ каждымъ изъ нихъ<sup>1)</sup>. Естественно, что былъ поднятъ вопросъ, дѣйствительно ли вызывается потребностями оборота такое обиліе формъ залога, удовлет-

---

1) Ср. монографіи объ ипотечномъ правѣ отдѣльныхъ германскихъ территорій, изданныя Мейбомомъ подъ общимъ заглавіемъ: „Deutsches Hypothekenrecht, nach den Landesgesetzen der grösseren deutschen Staaten systematisch dargestellt“. См. также Gierke, Deutsches Privatrecht II, S. 826 flg., 835 flg., Stobbe-Lehmann, Handbuch II, 2, S. 141 flg. — тамъ же, стр. 155—161, имѣется подробный обзоръ литературы о партикулярномъ ипотечномъ правѣ, — 163 flg. Многочисленныя указанія на прежнее партикулярное право имѣются также въ BGB. Motive III, S. 595 flg. Для швейцарскаго права ср. Huber, Schweiz. Privatrecht IV, S. 797 flg., см. также ZGB. Erläuterungen III, S. 188 flg. — Въ русской литературѣ см. Кассо, Понятіе о залогѣ, стр. 109 сл., Базановъ, Происхожденіе современной ипотеки, стр. 70—354.

ворительно ли конструктивное обоснование их, достойны ли они сохранения?

Вопросъ этотъ, послѣ живого обсуждения<sup>1)</sup>, былъ рѣшенъ въ утвердительномъ смыслѣ: была признана необходимость предоставить въ распоряженіе оборота всѣ главныя формы залогового права, выработанныя ходомъ историческаго развитія. И послѣ того, какъ германское уложеніе пошло по этому пути, его примѣру послѣдовало также и уложеніе швейцарское.

Результатомъ этого является то, что мы встрѣчаемся въ обоихъ новѣйшихъ кодексахъ съ такимъ богатствомъ видовъ залога, что на первый взглядъ получается впечатлѣніе нѣкотораго излишества и недостаточной наглядности. Въ самомъ дѣлѣ, такое впечатлѣніе, очевидно, и было вынесено составителями нашего проекта ВУ., по крайней мѣрѣ, по отношенію къ германскому уложенію — швейцарское, какъ извѣстно, вовсе не было принято ими въ соображеніе. Это впечатлѣніе, по понятнымъ соображеніямъ, въ официальныхъ матеріалахъ къ проекту, не находитъ выраженія. Но

2) Ср., въ особенности *Verhandlungen des XX Deutschen Juristentages* III, S. 261 flg., IV, S. 238 flg., 250 flg. (здесь же, на стр. 263 сл. указана литература по этому вопросу), 269 flg., *Verhandl. des XXII Juristentages* I, S. 431 flg., 491 flg., IV, S. 22 flg., 31 flg., 54 flg., 408 flg. Нельзя не отмѣтить, по этому поводу, обстоятельство, характерное для большого интереса, вызваннаго вопросомъ о видахъ залога, что онъ, во-первыхъ, былъ поставленъ на очередь дня двухъ сѣздовъ, и что, во-вторыхъ, заключенія и доклады были возложены на столь авторитетныхъ цивилистовъ, какъ Гирке, Дернбургъ и Клейнъ. Впрочемъ, что касается результата дебатовъ на сѣздѣ юристовъ, то была принята резолюція (XXII. Juristentag IV, S. 408 flg.), въ которой требовалось измѣненіе предположеній проекта уложенія, въ частности, упрощеніе принятой имъ системы. На дѣлѣ, однако, предположенія сѣзда отличаются отъ системы проекта, главнымъ образомъ, съ формальной точки зрѣнія. Если же принять въ соображеніе ихъ матеріально-правовое содержаніе, то оказывается, что резолюція сѣзда требуетъ признанія тѣхъ же формъ залога, которыя предусматривались и проектомъ, а кромѣ того, еще введенія новой формы, рентнаго долга. Правда, соотношеніе между формами залога устанавливается въ резолюціи нѣсколько иное, чѣмъ въ проектѣ.

достаточно характерно то, что одинъ изъ членовъ редакціонной комиссіи<sup>1)</sup> высказалъ чувство величайшаго удовлетворенія по поводу того, что нашъ проектъ не знаетъ въ области залогового права той громоздкости, неясности и излишней сложности, которыми страдаютъ, по его мнѣнію, германское уложеніе и германское же положеніе о вотчинныхъ книгахъ.

При такихъ условіяхъ понятно, что нашъ проектъ не пожелалъ слѣдовать, въ этой области, примѣру германскаго уложенія, а старался выработать свою самостоятельную систему. Само собой разумѣется, что нельзя ставить ему это въ упрекъ. Даже напротивъ, извѣстная доля самостоятельности была необходима уже въ виду того, что въ Россіи господствуютъ инныя народно-хозяйственныя условія, чѣмъ въ Германіи. Но и помимо того, можно было бы лишь привѣтствовать всякое проявленіе самостоятельнаго творчества въ этой области, въ которой едва ли уже сказано, въ настоящее время, послѣднее слово. Тѣмъ не менѣе, до изученія системы залоговыхъ правъ, принятой проектомъ, кажется желательнымъ ознакомиться предварительно, хотя бы въ самыхъ общихъ чертахъ, съ системой новѣйшихъ западныхъ уложеній. Если она, быть можетъ, дѣйствительно не должна была служить образцомъ для нашего проекта, то все же она можетъ дать твердую точку опоры для сужденія о достоинствахъ и недостаткахъ нормъ, выставляемыхъ авторами нашего проекта.

Если обратиться, сначала къ залоговому праву германскаго уложенія<sup>2)</sup>, то приходится констатировать, что оно

1) Лыкошинъ, Германское положеніе о вотчинныхъ книгахъ, Вѣстникъ права 1901, 1, стр. 75, 76, 80.

2) Ср. Dernburg, Sachenrecht, S. 680 flg., Gierke, Deutsches Privatrecht II, S. 839 flg., Wolff, Sachenrecht, S. 445 flg., 455 flg., 543 flg., 556 flg., 565 flg., Kober, Sachenrecht, S. 665 flg. Въ русской литературѣ см. Базаановъ, Происхождение современной ипотеки, стр. 391 сл., Ельяшевичъ, Очеркъ развитія, стр. 37 сл.

признаетъ не менѣе трехъ основныхъ видовъ, которые, въ свою очередь, распадаются еще на нѣсколько подвидовъ. И хотя едва ли можно отрицать правильность того мнѣнія<sup>1)</sup>, что законодательство, въ интересахъ оборота, должно предоставить заинтересованнымъ кругамъ на выборъ возможно большее число формъ залогового права, дабы всѣ заслуживающія вниманія потребности были удовлетворены, то все же, безспорно, на первый взглядъ получается, какъ было уже упомянуто, впечатлѣніе, будто германское уложеніе зашло въ этомъ отношеніи слишкомъ далеко и будто обиліе видовъ залогового права создаетъ громоздкую и неясную систему.

Однако, дѣло лишь въ первомъ впечатлѣніи. Если уяснить себѣ основной принципъ, на которомъ покоится система залоговыхъ правъ германскаго уложенія, то уже о неясности и излишней сложности едва ли придется говорить. Напротивъ, несмотря на свое богатство, она оказывается вполне стройною и настолько простою, насколько это позволяютъ условія современнаго поземельнаго оборота. При этомъ можно даже оставить въ сторонѣ то обстоятельство, что редакторы уложенія, до извѣстной степени, были принуждены дать мѣсто большому числу различныхъ формъ ипотеки, такъ какъ они должны были считаться съ правовыми воззрѣніями и обычаями, господствовавшими въ различныхъ территоріяхъ Германіи<sup>2)</sup>. Безсистемность, хотя бы и вынужденная условіями жизни, все же оставалась бы безсистемностью и представляла бы собою, съ точки зрѣнія теоріи, недостатокъ. Между тѣмъ, такой безсистемности въ залоговомъ правѣ германскаго уложенія нѣтъ.

Весь вопросъ сводится, какъ уже было указано, къ выясненію принципа, легшаго въ основаніе системы германскаго уложенія.

1) Gierke, Der Entwurf eines BGB. und das deutsche Recht, S. 368.

2) Cp. Motive III, S. 9 flg., 603 flg. и passim.

Прежде всего, уложение вполне последовательно проводит грань между двумя основными видами обременения недвижимости, т. е. между самостоятельным ея обременением, съ одной стороны, и обременением, поставленным въ зависимость отъ обязательственнаго требованія, съ другой. А затѣмъ, въ предѣлахъ послѣдней категоріи, оно различаетъ залогъ, абсолютно зависимый отъ обязательственнаго требованія, отъ залога, зависимость коего отпадаетъ при наличности извѣстныхъ условій<sup>1)</sup>. Выражаясь иначе и приноровливаясь къ наиболѣе распространенному въ литературѣ германскаго права способу классификаціи, можно сказать также — хотя это и будетъ менѣе точно<sup>2)</sup>, что критеріемъ служить отношеніе залога къ обязательственному требованію. Если же принять этотъ критерій, то получается слѣдующая система.

На первомъ мѣстѣ стоитъ обезпечительная ипотека (*Sicherungshypothek*)<sup>3)</sup>: права вѣрителя изъ ипотеки находятся въ безусловной зависимости отъ обязательственнаго требованія и внесеніе въ вотчинную книгу не оказываетъ вліянія на правоотношеніе. Другими словами, это — ипотека строго акцессорная. Притомъ, подобнымъ характеромъ обладаетъ ипотека на основаніи или соглашенія сторонъ, или же предписанія закона. А законъ требуетъ, чтобы ипотека была акцессорная въ трехъ случаяхъ: во-первыхъ, когда обезпечивается требованіе изъ бумагъ на предъявителя или ордерныхъ, во-вторыхъ, когда обезпечивается требованіе не-

1) См. выше, §§ 48—50.

2) Неточность этой формулировки заключается, очевидно, въ томъ, что западно-европейскія уложенія признаютъ абстрактное обременение недвижимости, при коемъ можетъ быть рѣчь объ отношеніи между обременениемъ и обязательственнымъ требованіемъ лишь въ отрицательномъ смыслѣ. Для проекта ВУ. напротивъ, не знающаго вотчиннаго долга, такая формулировка вполне правильна и можетъ быть принята даже независимо отъ соображеній удобства.

3) BGB. 1184—1190, ZPO. 866, 867, 932.

опредѣленное по суммѣ или могущее возникнуть лишь въ будущемъ, и, наконецъ, въ-третьихъ, въ случаѣ принудительнаго залога на основаніи судебного рѣшенія о взысканіи денежной суммы или судебного же опредѣленія объ обеспеченіи денежнаго иска <sup>1)</sup>).

Вторымъ видомъ ипотеки, по германскому уложенію, является ипотека оборотная (*Verkehrshypothek*) <sup>2)</sup>. Она также устанавливается въ обеспечение обязательственнаго требованія и сохраняетъ строго акцессорный характеръ, пока она остается въ рукахъ перваго вѣрителя. При переходѣ, однако, въ руки добросовѣстнаго приобрѣтателя, она приобрѣтаетъ самостоятельное значеніе. Право изъ ипотеки не подлѣжитъ уже возраженіямъ изъ обязательственнаго требованія, насколько они не внесены въ вотчинную книгу или въ залоговой актъ. Такимъ образомъ, акцессорность ипотеки отпадаетъ, лишь только произошла перемѣна въ лицѣ вѣрителя. Дѣйствительное же значеніе сохраняется за нею только по отношенію къ первоначальнымъ контрагентамъ.

Эта оборотная ипотека извѣстна германскому уложенію какъ книжная (*Buchhypothek*) и какъ актовая (*Briefhypothek*). Нормальною формою считается, при этомъ, послѣдняя, но, по желанію сторонъ, актъ можетъ быть не выданъ. По своей сущности и своему содержанію, однако, эти два подвида нисколько не отличаются другъ отъ друга <sup>3)</sup>.

Наконецъ, германское уложеніе знаетъ еще вотчинный долгъ (*Grundschuld*) <sup>4)</sup>, который съ момента установленія лишенъ акцессорнаго характера и независимъ отъ личнаго требованія. Онъ представляетъ собою абстрактное обремененіе недвижимости. Нормальною его формою является также актовая. Но столь же допустима форма книжная.

1) Ср. также BGB. 648 и BGB. EG. 91.

2) BGB. 1113—1184. 3) Ср. BGB. 1116.

4) BGB. 1191—1198.

Особымъ же подвидомъ вотчиннаго долга является рентный долгъ (*Rentenschuld*)<sup>1)</sup>, сущность котораго состоитъ въ обремененіи недвижимости не капитальнымъ долгомъ, но рентою.

Изложенная только что система едва ли заслуживаетъ упрека въ неясности и излишней сложности. Она основывается на весьма простомъ и нисколько не сложномъ принципѣ и усвоеніе ея не представляетъ никакихъ затрудненій, если только выяснить себѣ, что рѣшающимъ моментомъ является отношеніе между обязательственнымъ требованіемъ и залоговымъ правомъ. И на основаніи его получается система, переходящая постепенно отъ акцессорной ипотеки къ оборотной, а отсюда къ вотчинному долгу. Если же такую систему можно признать удовлетворительною съ юридической точки зрѣнія, то и съ точки зрѣнія народнаго хозяйства слѣдуетъ сказать, что при помощи ея всѣ желательныя цѣли являются достижимыми. Ибо если цѣнность недвижимости, съ одной стороны, должна служить обезпеченію денегъ, съ другой стороны — привлеченію денегъ<sup>2)</sup>, то, именно, указанные три формы залогового права являются наиболѣе подходящими: акцессорная ипотека служитъ исключительно первой цѣли, вотчинный долгъ второй, а оборотная ипотека примѣнима въ тѣхъ нерѣдкихъ въ практической жизни случаяхъ, въ которыхъ имѣется на лицо комбинація обѣихъ этихъ цѣлей.

Такое сужденіе о системѣ германскаго уложенія представляется еще болѣе обоснованнымъ, если для сравненія привлечь уложеніе швейцарское, которое, въ общемъ, вполне основательно цѣнится выше своего предшественника. Правда, система его<sup>3)</sup>, на первый взглядъ, вызываетъ впечатлѣніе,

1) BGB. 1199—1203.

2) Cp. ZGB. Erläuterungen III, S. 182, 194 flg., Tuor, Das neue Recht, S. 484.

3) ZGB. 793—883. Cp. Tuor, Das neue Recht, S. 461 flg., Wieland, Sachenrecht, S. 285 flg.

будто она гораздо проще и прозрачнѣе системы германскаго уложенія. Но и это впечатлѣніе получается только при первомъ взглядѣ и обусловливается, главнымъ образомъ, тѣмъ, что редакція перваго неизмѣримо удачнѣе редакціи второго. Что же касается существа дѣла, то системы обоихъ кодексовъ во всѣхъ основныхъ чертахъ совершенно совпадаютъ. Мы и здѣсь встрѣчаемся съ тѣми же тремя главными видами залогового права, которые имѣются въ BGB. А именно, Grundpfandverschreibung<sup>1)</sup> есть та же Sicherungshypothek, Schuldbrief<sup>2)</sup> соответствуетъ Verkehrshypothek, а Gült<sup>3)</sup> — Grundschild. Если же мы рассмотримъ эти различные виды въ отдѣльности, то, правда, окажется, что имѣются извѣстные различія. Но вопросъ, которое изъ двухъ уложеній избрало при этомъ болѣе правильный путь, долженъ быть рѣшенъ далеко не во всѣхъ случаяхъ въ пользу швейцарскаго, тѣмъ болѣе, что различія, имѣющіяся между обоими уложеніями, въ значительной части объясняются тѣмъ, что фактическія условія жизни и оборота въ Швейцаріи другія, чѣмъ въ Германіи.

Что касается, прежде всего, ипотеки акцессорной, то швейцарское уложеніе устанавливаетъ болѣе узкія границы обязательнаго ея примѣненія, чѣмъ германское<sup>4)</sup>. Признавая, въ частности, что лишь акцессорная ипотека можетъ служить обезпеченіемъ требованій, неопредѣленныхъ по суммѣ или могущихъ возникнуть лишь въ будущемъ, оно предоставляетъ на усмотрѣніе контрагентовъ выборъ ипотечной формы въ обезпеченіе требованій изъ бумагъ на предъявителя или ордерныхъ<sup>5)</sup>. Между тѣмъ, едва ли можетъ быть сомнѣніе въ томъ, что установленіе оборотной

1) ZGB. 824—841.

2) ZGB. 842—874.

3) ZGB. 847—874.

4) ZGB. 824.

5) ZGB. 875. Cp. Wieland, Sachenrecht, ad 875, S. 427 flg.

ипотеки въ обезпеченіе означенныхъ требованій должно вызвать значительныя неудобства<sup>1)</sup>. Быть можетъ, встрѣятся случаи, въ которыхъ оборотная ипотека окажется болѣе удобной для обезпеченія такихъ требованій. Но они едва ли будутъ такъ часты, чтобы изъ за нихъ стоило упускать изъ вида тѣ соображенія, которыми руководились по этому вопросу редакторы германскаго уложенія. Во всякомъ случаѣ, слѣдуетъ сказать, что въ видахъ осторожности рѣшеніе, принятое ими, можетъ служить для насъ примѣромъ скорѣе, чѣмъ рѣшеніе швейцарскаго уложенія, которое, какъ вообще, такъ особенно въ этомъ отношеніи, рассчитано на населеніе, хорошо знакомое съ условіями ипотечнаго оборота и давно свыкшееся съ нимъ.

Впрочемъ, больше всего бросается въ глаза то обстоятельство, что принудительная ипотека, вносимая на основаніи судебнаго рѣшенія или опредѣленія присутственнаго мѣста, швейцарскимъ уложеніемъ не признается. Но не возбуждая пока вопроса о предпочтительности той или иной точки зрѣнія, возможной по этому вопросу, слѣдуетъ сказать во всякомъ случаѣ, что ни различное отношеніе обоихъ уложеній къ добровольному или необходимому характеру акцессорной ипотеки, ни расхожденіе ихъ по вопросу о принудительной ипотекаѣ, не имѣютъ рѣшающаго значенія, насколько дѣло касается ясности и простоты системы. Тотъ фактъ, что оба кодекса отправляются изъ однѣхъ и тѣхъ же исходныхъ точекъ зрѣнія, остается совершенно незатронутымъ.

Что же касается ипотеки оборотной, то всѣ сущест-

1) Неудобства эти заключаются въ слѣдующемъ: сущность цѣнныхъ бумагъ сводится, какъ извѣстно къ тому, что бумагою опредѣляются содержаніе права и легитимация вѣрителя. Но если такое же значеніе будетъ признаваться также и за вотчинной книгой, то, очевидно, возможны коллизіи между книгой и цѣнной бумагой. Возможность же такихъ устраняется, если цѣнныя бумаги обезпечиваются исключительно кацессорною ипотекой.

венныя постановленія обоихъ уложеній объ этомъ институтѣ совпадаютъ. Они расходятся лишь въ томъ, что швейцарское уложеніе признаетъ только актовую ипотеку, книжной же не знаетъ. Объясненіе этого различія кроется въ томъ, что потребности оборота въ Германіи инныя, чѣмъ въ Швейцаріи<sup>1)</sup>. Впрочемъ, съ другой точки зрѣнія, швейцарское уложеніе все же устанавливаетъ два подвида оборотной ипотеки: *Schuldbrief* можетъ быть именной или на предъявителя, между тѣмъ какъ *BGB.* не разрѣшаетъ выдавать *Hypothekenbrief* на предъявителя.

Наконецъ, *Gült* является въ высшей степени своеобразнымъ и интереснымъ институтомъ, мыслимымъ лишь при тѣхъ исключительныхъ условіяхъ реальнаго кредита, которыя господствуютъ въ Швейцаріи. Уже одно то, что предпосылкой установленія *Gült* является официальная оцѣнка недвижимости, за вѣрность которой отвѣчаетъ кантонъ<sup>2)</sup>, дѣлаетъ ее непримѣнимой въ другихъ странахъ. Но, независимо отъ этого, она, съ юридической точки зрѣнія, является институтомъ, занимающимъ среднее мѣсто между вотчиннымъ и рентнымъ долгомъ. Она, именно, представляетъ собой абстрактное обремененіе недвижимости и имѣетъ, притомъ, съ первымъ общее то, что право вѣрителя принципиально направлено на капиталъ, со вторымъ то, что управомоченный, тѣмъ не менѣе, обязанъ довольствоваться полученіемъ процентовъ и можетъ осуществить свое право на капиталъ только въ опредѣленныхъ, особо предусмотрѣнныхъ закономъ случаяхъ<sup>3) 4)</sup>. И здѣсь даже въ опре-

1) Cp. Motive III, S. 612 fig., 617 flg. и Erläuterungen III, S. 193 flg.

2) ZGB. 848, 849.

3) ZGB. 850, 2. Cp. Tuor, Das neue Recht, S. 498, Wieland, Sachenrecht, ad 850, P. 3.

4) Швейцарское уложеніе даетъ, впрочемъ, и помимо того возможность создать при помощи особой конструкціи чистую *Rentenschuld*, см. Erläuterungen III, S. 270. Но cp. Gierke, Deutsches Privatrecht II, S. 909, 916 flg.

дѣленіи личности управомоченнаго не существуетъ различія между германскимъ и швейцарскимъ уложеніями. Ибо и первое изъ нихъ допускаетъ выдачу Grundschedbrief на предъявителя.

Мы видимъ, такимъ образомъ, что два новѣйшихъ западно-европейскихъ кодекса идутъ, въ общемъ, по одному пути. У каждаго изъ нихъ есть свои особенности, но исходныя точки и основныя принципы совпадаютъ. Классификація же залоговыхъ правъ производится на основаніи одного и того же критерія: оба кладутъ въ основаніе своей системы соотношеніе между обязательственнымъ требованіемъ и залоговымъ правомъ.

## § 62. Система проекта.

Если обратиться, затѣмъ, къ изученію видовъ залога по проекту ВУ., то приходится констатировать, что проектъ выставяетъ свою собственную систему залоговыхъ правъ, не имѣющую ничего общаго съ системою новѣйшихъ западныхъ уложеній. Онъ не обращаетъ вниманія на соотношеніе между залоговымъ правомъ и обеспеченнымъ имъ обязательственнымъ требованіемъ. Напротивъ, въ основаніе своей классификаціи онъ кладетъ иной критерій.

Дѣло въ томъ, что проектъ, давъ въ ст. 46 опредѣленіе понятія залога, заявляетъ въ ст. 47, что залогъ можетъ быть или добровольный или принудительный. Добровольный же залогъ, согласно ст. 52, можетъ быть договорный или завѣщательный.

Въ слѣдующей затѣмъ 53-ей ст. дается опредѣленіе дальнѣйшаго подвида залога добровольнаго, а именно, залога кредитнаго, который устанавливается въ обеспечение требованія неопредѣленнаго по суммѣ или могущаго возникнуть лишь въ будущемъ.

Во второй части той же статьи имѣется, однако, поста-

новленіе, которое въ состояніи вызвать недоразумѣніе. Дѣло въ томъ, что здѣсь говорится о „договаривающихся сторонахъ“. Такой оборотъ можетъ вызвать впечатлѣніе, будто кредитный залогъ устанавливается, по проекту, исключительно путемъ договора, между тѣмъ какъ завѣщательное его установленіе недопустимо. Но такъ какъ подобное ограниченіе, какъ будетъ показано ниже, противорѣчитъ сущности кредитнаго залога и такъ какъ проектъ, кромѣ указанного намека, не содержитъ никакихъ на этотъ счетъ постановленій, то кажется позволительнымъ предполагать наличность во второй части ст. 53 лишь неточности выраженія. Слѣдовательно можно признать, что кредитный залогъ, являясь подвидомъ залога добровольнаго, бываетъ договорнымъ или завѣщательнымъ.

Что касается, затѣмъ, залога принудительнаго, то мы узнаемъ изъ ст. 47, что онъ вносится или на основаніи судебнаго рѣшенія о взысканіи денежной суммы или же по распоряженію правительственныхъ и общественныхъ установленій для обезпеченія податей, сборовъ и т. д.

Если всмотрѣться ближе въ эту классификацію, то оказывается, что основное подраздѣленіе покоится на признакѣ субъективномъ. Мы имѣемъ дѣло, съ одной стороны, съ залогомъ добровольнымъ, съ другой — съ залогомъ принудительнымъ. Рѣшающимъ моментомъ является, слѣдовательно, согласіе собственника недвижимости, которая подвергается обремененію. При наличности его получается одинъ видъ залогового права, при отсутствіи его — другой.

Такой же субъективный моментъ играетъ роль и при дальнѣйшихъ подраздѣленіяхъ. Если, по заявленію проекта, добровольный залогъ бываетъ или договорнымъ или завѣщательнымъ, то критеріемъ является, очевидно, та или иная форма проявленія воли собственника. И то же самое слѣдуетъ сказать о подвидахъ залога принудительнаго, который регулируется, на основаніи высказаннаго въ

ст. 47 принципа, болѣе подробно въ третьемъ отдѣленіи гл. IV, въ ст. 55—59. Здѣсь подраздѣленіе производится въ зависимости отъ того, является ли вѣритель лицомъ частнымъ или облеченнымъ публичною властью. Вмѣстѣ съ тѣмъ, здѣсь субъективный моментъ отнесенъ уже не къ собственнику недвижимости, а къ вѣрителю.

Извѣстныя затрудненія вызываетъ, съ этой точки зрѣнія, только залогъ кредитный. Онъ разсматривается проектомъ какъ особый видъ залога добровольнаго. Между тѣмъ, субъективный моментъ одинъ и тотъ же при кредитномъ залогѣ и при обыкновенномъ добровольномъ залогѣ. И если считается съ опредѣленіемъ кредитнаго залога, которое дается въ ст. 53, то приходится отказаться отъ попытки основывать классификацію и здѣсь на моментъ субъективномъ. Здѣсь, напротивъ, рѣшающимъ моментомъ признается свойство обеспеченнаго требованія. Это, однако, ничего не говоритъ противъ системы проекта, такъ какъ и западныя уложенія пользуются для установленія подраздѣленій иными критеріями, чѣмъ для основной классификаціи. То же самое придется сказать, если мы впоследствии убѣдимся въ томъ, что обыкновенная добровольная ипотека проекта бываетъ или актовая или книжная.

Съ чисто внѣшней стороны система проекта оказывается, такимъ образомъ, выдержанной. Въ виду этого, приходится поставить вопросъ, не является ли дѣйствительно эта, самостоятельно выработанная нашею редакціонною комиссіей, новая система цѣннымъ вкладомъ не только въ законодательную технику, но и въ науку?

Къ сожалѣнію, однако, невозможно отвѣтить на этотъ вопросъ утвердительно. Напротивъ, приходится возражать какъ съ принципиальной, такъ и съ практической точки зрѣнія.

Здѣсь не мѣсто распространяться о тѣхъ условіяхъ, которыя должны быть соблюдены для достиженія правильной

научной классификаціи. Достаточно указать на то, что въ основаніе ея необходимо положить признакъ, касающійся самой сущности классифицируемыхъ понятій или институтовъ. Между тѣмъ, избранный редакціонной комиссіей для классификаціи залоговыхъ правъ субъективный критерій едва ли имѣеть что либо общее съ сущностью данныхъ правъ. Съ субъективной и, притомъ, житейской точки зрѣнія собственника обременяемой недвижимости, безъ сомнѣнія, очень важно, устанавливается ли ипотека съ его согласія или помимо него. Но, съ точки зрѣнія объективной и юридической, этотъ моментъ имѣеть значеніе лишь второстепенное. Онъ относится къ исторіи возникновенія даннаго залогового права и самъ по себѣ нисколько не предрѣшаетъ содержанія его. Ипотека принудительная и добровольная, при нѣкоторыхъ условіяхъ, могутъ имѣть совершенно однородное содержаніе, несмотря на то, что воля собственника играла при установленіи ихъ различную роль. Съ другой же стороны, добровольная ипотека является далеко не однороднымъ институтомъ, но вмѣщаетъ въ себѣ цѣлый рядъ залоговыхъ правъ самаго различнаго содержанія. Это положеніе находитъ яркую иллюстрацію въ уложеніяхъ германскомъ и швейцарскомъ. Въ первомъ изъ нихъ, какъ мы видѣли, принудительная ипотека и ипотека, установленная въ обезпеченіе требованія неопредѣленнаго по суммѣ или могущаго возникнуть лишь въ будущемъ, по своему содержанію вполнѣ совпадаютъ. Добровольная же ипотека, по системѣ обоихъ названныхъ кодексовъ, можетъ быть какъ обезпечительная, такъ и обратная.

Такимъ образомъ оказывается, что классификація, принятая проектомъ ВУ., ничего не говоритъ о сущности залоговыхъ правъ, насколько вопросъ касается установленія основныхъ категорій ипотеки. То же самое приходится сказать, очевидно, и о дальнѣйшихъ подраздѣленіяхъ, принятыхъ проектомъ.

По системѣ проекта, добровольный залогъ, какъ уже было упомянуто, бываетъ или договорный или завѣщательный. Между тѣмъ, договорный залогъ и завѣщательный по своему содержанію рѣшительно ничѣмъ не отличаются другъ отъ друга. Лишь въ одномъ единственномъ отношеніи проектъ проводитъ между ними различіе. А именно, по ст. 60, договорный залогъ можетъ быть установленъ, по соглашенію сторонъ, съ выдачею или безъ выдачи залогового акта. Ст. же 62,2 гласитъ, что по залогу завѣщательному залоговой актъ можетъ быть выданъ лишь въ случаѣ соглашенія о томъ вотчиннаго кредитора съ наслѣдникомъ, коему досталось обремененное имѣніе. Не говоря пока о достоинствахъ послѣдняго постановленія, слѣдуетъ, во всякомъ случаѣ, сказать, что оно содержанія залогового права нисколько не касается. Мы имѣемъ, слѣдовательно, дѣло не съ двумя самостоятельными категоріями добровольнаго залога, но съ одною, въ которой замѣчается также и одно незначительное отступленіе отъ основного типа.

Но, какъ уже было указано, проектъ выдѣляетъ изъ понятія добровольнаго залога еще особый видъ, подъ названіемъ залога кредитнаго. Въ этомъ отношеніи примѣняется проектомъ уже критерій не субъективный, а объективный: рѣшающее значеніе признается за характеромъ обезпечиваемаго требованія. Однако, и этотъ критерій оказывается неудовлетворительнымъ, такъ какъ и онъ не говоритъ намъ ничего о сущности залогового права, устанавливаемаго въ обезпеченіе даннаго требованія. Ниже<sup>1)</sup>, при разсмотрѣніи вопроса, именно, объ этой сущности, окажется, что кредитный залогъ не имѣетъ ничего общаго съ основнымъ видомъ добровольнаго залога, несмотря на то, что и онъ устанавливается по доброй волѣ собственника недвижимости. Нельзя не отмѣтить, впрочемъ, по этому случаю и то, что пріемъ,

---

1) См. § 65.

примѣняемый здѣсь редакціонною комиссіей не заслуживаетъ одобренія также и въ другомъ еще отношеніи: о сущности основного вида еще ничего не извѣстно, а между тѣмъ уже дается опредѣленіе разновидности.

Въ связи съ этимъ нельзя не указать, далѣе, на то, что проектъ въ отдѣленіи 2, трактующемъ о добровольномъ залогѣ, помѣщаетъ, кромѣ разсмотрѣнныхъ уже правилъ, еще ст. 54, говорящую о томъ, что залогъ можетъ быть установленъ собственникомъ имѣнія также и въ обезпеченіе чужого обязательства. Если исходить изъ того факта, что въ отдѣленіи 2 устанавливаются подвиды добровольнаго залога, то можетъ получиться впечатлѣніе, будто залогъ, обезпечивающій чужое обязательство, является такимъ же самостоятельнымъ подвидомъ добровольнаго залога, каковымъ признается комиссіей залогъ кредитный. А рѣшающее значеніе, которое проектъ придаетъ моменту субъективному, должно еще усилить такое впечатлѣніе. Ибо съ точки зрѣнія субъективной, отнесенной, къ тому же, вездѣ ко времени установленія залога, вопросъ о томъ, обезпечивается ли обязательство собственника недвижимости или чужое, можетъ, безъ сомнѣнія, играть извѣстную роль. Между тѣмъ, дальнѣйшія нормы проекта вотчиннаго устава показываютъ, что залогъ въ обезпеченіе чужого обязательства не можетъ быть признанъ самостоятельнымъ видомъ залога<sup>1)</sup>.

Что касается, наконецъ, залога принудительнаго, то и по отношенію къ нему подраздѣленіе по признаку субъективному оказывается неудачнымъ. Самъ проектъ даетъ въ дальнѣйшемъ одну общую нормировку принудительному залогу, не обращая никакого вниманія на то, является ли его основаніемъ судебное рѣшеніе или требованіе правительственнаго или общественнаго установленія.

Такимъ образомъ, принятыя проектомъ подраздѣленія

---

1) Ср. ниже, § 66.

какъ залога добровольнаго, такъ и залога принудительнаго оказываются мало удачными.

Въ результатѣ приходится, слѣдовательно, признать, что самостоятельная классификація залоговыхъ правъ, принятая редакціонною комиссіей и сохраненная какъ особою комиссіей, такъ и министромъ юстиціи, совершенно неудовлетворительна. Она основывается не на признакъ, касающемся сущности нормируемыхъ институтовъ, но на внѣшнемъ моментѣ. Ибо тотъ субъективный моментъ, который положенъ въ основаніе классификаціи, отнюдь не опредѣляетъ содержанія, объема и силы залогового права. Въ этомъ отношеніи не играетъ никакой роли вопросъ о томъ, устанавливается ли залогъ съ согласія собственника недвижимости или помимо его, является ли основаніемъ залога, съ одной стороны, договоръ или завѣщаніе, съ другой, судебное рѣшеніе или требованіе публично-правового установленія. Эти обстоятельства, разумѣется, не лишены нѣкотораго значенія и проектъ ВУ. долженъ обращать на нихъ вниманіе. Но они имѣютъ отношеніе лишь къ возникновенію залогового права. А слѣдовательно, они должны были быть рассмотрѣны въ особой главѣ или особомъ отдѣленіи, трактующемъ, именно, о возникновеніи залогового права, насколько нормы о послѣднемъ не могутъ быть помѣщаемы въ общемъ ученіи о возникновеніи вотчинныхъ правъ въ недвижимости. Если же и это оказалось бы неудобнымъ, то можно было упомянуть о нихъ въ связи съ нормировкой отдѣльныхъ видовъ залога. Но они ни въ коемъ случаѣ не могли служить критеріемъ для классификаціи залоговыхъ правъ <sup>1)</sup>.

Попытку редакціонной комиссіи выдвинуть самостоя-

---

1) Классификацію проекта принимаютъ Базановъ, Вотчинный режимъ, стр. 263 сл., Городыскій, Замѣчанія на проектъ вотчиннаго права, Ж. М. Ю. 1902, 10, стр. 209 (статья эта относится не къ проекту ВУ., а къ III кн. проекта ГУ., приновленной къ проекту ВУ. 1896 г.), Гуляевъ, Русское гражданское право, стр. 210.

тельную классификацію залоговыхъ правъ необходимо признать, такимъ образомъ, неудавшеюся. При такихъ обстоятельствахъ, остается только придерживаться и впредь системы, принятой западными кодексами и класть въ основаніе классификаціи отношеніе между залоговымъ правомъ и обязательственнымъ требованіемъ — тѣмъ болѣе, что этотъ моментъ, безъ сомнѣнія, дѣйствительно имѣетъ рѣшающее значеніе для сущности залогового права.

Мыслимо, впрочемъ, возраженіе, что редакціонная коммиссія вовсе не задавалась созданіемъ новой, самостоятельной системы, что она, напротивъ, желала придерживаться старой испытанной системы и что она лишь въ виду незнакомства русской практики съ современнымъ вотчиннымъ правомъ удѣлила столько вниманія вопросу о возникновеніи ипотеки.

Однако, въ такомъ случаѣ пришлось бы выставить противъ коммиссіи два упрека: во-первыхъ, упрекъ въ томъ, что постановленія о возникновеніи ипотеки редактированы въ высшей степени неудачно, а во-вторыхъ, въ томъ, что залоговое право проекта лишено, собственно, всякой системы. Дѣло въ томъ, что классификація залоговыхъ правъ въ зависимости отъ соотношенія между требованіемъ и залоговымъ правомъ ничѣмъ не проявляется съ внѣшней стороны. А съ внутренней стороны, во всякомъ случаѣ, незамѣтно сознательнаго отношенія коммиссіи къ разсматриваемой проблемѣ. Дальнѣйшее изслѣдованіе покажетъ, что, дѣйствительно, имѣется возможность классифицировать признанные проектомъ виды залогового права по указанному критерию. Но насколько это соотвѣтствуетъ намѣреніямъ коммиссіи, это вопросъ, рѣшить который въ утвердительномъ смыслѣ не дадутъ возможности ни самъ проектъ, ни матеріалы къ нему.

Между тѣмъ, совершенно излишне доказывать важность правильной и ясной классификаціи. Но въ настоящемъ случаѣ она должна быть особенно подчеркнута.

Вступленіе въ силу ВУ. выдвинетъ передъ нашей практикой вопросы не только огромной важности, но и огромной трудности. Ей придется имѣть дѣло съ совершенно новой для нея и незнакомой ей системой. Въ виду этого законодательство обязано оказать ей посильную поддержку путемъ особенно тщательной и ясной редакціи закона. Правда, можно признать, что редакціонная комиссія, въ общемъ, имѣла намѣреніе считаться съ этимъ<sup>1)</sup>. Этимъ, кстати сказать, и объясняется значительный по сравненію съ западными законодательствами объемъ проекта и его многословіе, за которое онъ неоднократно подвергался порицанію<sup>2)</sup>. Тѣмъ же моментомъ отчасти оправдывается и погрѣшность противъ современной законодательной техники, заключающаяся въ помѣщеніи въ текстѣ закона опредѣлений нормируемыхъ институтовъ. Но именно, въ виду условій, выдвинутыхъ самою комиссіей, является особенно прискорбнымъ тотъ фактъ, что комиссія не положила въ основу главы о залогѣ правильную систему. Между тѣмъ, именно этотъ отдѣлъ вотчиннаго права является, пожалуй, однимъ изъ наиболѣе трудныхъ и, вмѣстѣ съ тѣмъ, съ практической точки зрѣнія, однимъ изъ наиболѣе важныхъ.

### § 63. Обратная ипотека.

Приходится, такимъ образомъ, отклонить классификацію, установленную редакціонною комиссіей и прибѣгнуть къ испытанной системѣ западныхъ кодексовъ. Другими словами,

---

1) Она прямо высказываетъ въ Объясненіяхъ 1896 г. I, стр. 55 сл., что желала „изложить вотчинный уставъ такимъ образомъ, чтобъ онъ могъ служить простымъ и нагляднымъ пособіемъ“.

2) Св. Зам., №№ 66, 67, 73, Пергаментъ, Къ проекту введенія у насъ ипотечной системы, Право 1908, 41, стр. 2205. Ср. также Базановъ. Вотчинный режимъ, стр. 297 и прим. 245.

слѣдуетъ выяснитъ, возможно ли построить систему залогового права проекта ВУ., пользуясь въ качествѣ критерія соотношеніемъ между залоговымъ правомъ и обеспечиваемымъ имъ требованіемъ.

Если подойти къ изученію проекта съ этой точки зрѣнія, то, дѣйствительно, можно констатировать, что нормальнымъ видомъ ипотеки признается основанная на договорѣ ипотека обратная, которая, притомъ, можетъ быть книжною или актовою. По сущности своей она совпадаетъ съ обратной ипотекой западныхъ кодексовъ. Она, именно, устанавливается въ обеспечение опредѣленнаго обязательственнаго требованія, но получаетъ, послѣ перехода съ руки третьяго добросовѣстнаго приобретателя, ордерный характеръ. Первоначальная акцессорность сохраняется, такимъ образомъ, лишь до тѣхъ поръ, пока управомоченнымъ является первоначальный вѣритель или же его наслѣдникъ. Но лишь только на ихъ мѣсто вступаетъ третій добросовѣстный и возмездный приобретатель, какъ публичная вѣра вотчинной книги отбѣсняетъ моментъ придаточности. Вслѣдствіе этого право изъ ипотеки подлежитъ уже только тѣмъ возраженіямъ, которыя явствуютъ изъ вотчинной книги или изъ залогового акта.

Эти положенія вытекаютъ изъ ст. 107 проекта ВУ., которая постановляетъ, что должникъ можетъ предъявлять всякаго рода возраженія противъ первоначальнаго вѣрителя. Противъ третьяго добросовѣстнаго и возмезднаго приобретателя, напротивъ, могутъ быть предъявлены только такіа возраженія, которыя вытекаютъ изъ вотчинной книги или изъ залогового акта.

Въ общемъ слѣдуетъ признать, что эта статья даетъ полную возможность выяснитъ сущность обратной ипотеки. Тѣмъ не менѣе приходится констатировать, что она страдаетъ весьма тяжкими недостатками, которые касаются отчасти самой ея сущности, отчасти же ея редакціи.

Уже выше <sup>1)</sup> пришлось отмѣтить, что ст. 107 вызываетъ впечатлѣніе, будто содержащая въ ней норма имѣетъ чисто положительный и даже болѣе или менѣе случайный характеръ. Между тѣмъ, ст. 107 желаетъ дать основное, теоретически и практически наиболѣе важное правило объ оборотной ипотекаѣ. Въ ней высказывается тотъ принципъ, на которомъ основывается вся сущность этого главнаго вида современнаго залоговаго права. Въ виду этого необходимо, чтобы она была формулирована иначе и чтобы она заняла другое мѣсто въ главѣ IV. Условность акцессорнаго характера оборотной ипотеки не должна быть установлена какъ бы мимоходомъ въ отдѣленіи, трактующемъ объ искахъ и возраженіяхъ, и этотъ моментъ вообще не можетъ быть изображаемъ какъ болѣе или менѣе случайное послѣдствіе того, что противъ третьяго добросовѣстнаго пріобрѣтателя допускается только ограниченное число возраженій. Правда, это ограниченіе возможности возражать противъ цессіонарія является, съ практической точки зрѣнія, наиболѣе характернымъ и важнымъ проявленіемъ того принципа, на которомъ покоится оборотная ипотека, но все же этотъ принципъ имѣетъ вполне самостоятельное значеніе. И онъ настолько важенъ, что необходимо выставить его особо, по возможности во главѣ отдѣла объ оборотной ипотекаѣ и, притомъ, въ положительной формѣ. Къ тому же, это не представляло бы никакихъ затрудненій, если бы вся система была построена правильно и если бы основнымъ въ этой области критеріемъ было признано соотношеніе между обязательственнымъ требованіемъ и залоговымъ правомъ.

При введеніи такой поправки, сущность оборотной ипотеки проекта останется, разумѣется, неизмѣнной, но система проекта значительно выиграетъ. Къ тому же, надо считаться и съ тѣмъ, что примѣненіе понятія оборотной

1) См. § 53.

ипотеки будетъ для практики несравненно легче при ясной и недвусмысленной формулировкѣ основного принципа. А о важности этого момента едва ли приходится говорить въ виду новизны у насъ вотчинной системы. Нельзя возражать противъ такой поправки и указаніемъ на то, что подобная формулировка принциповъ является задачей не законодательства, а науки. Если законодательство, по современному воззрѣнію, и не должно вторгаться въ область, отведенную наукѣ, то это отнюдь не значитъ, что оно не имѣетъ права формулировать прямо и ясно тѣ принципы, на которыхъ оно основывается<sup>1)</sup>.

Такое воззрѣніе находится, къ тому же, въ полномъ соотвѣтствіи съ точкой зрѣнія, занятой новѣйшими западными кодексами.

Что касается, затѣмъ, редакціи ст. 107, то нельзя не отмѣтить, что она страдаетъ рядомъ довольно существенныхъ недостатковъ. Такъ, наряду съ первоначальнымъ кредиторомъ называется его наслѣдникъ, что очевидно излишне. Столь же излишнее упоминаніе въ той же фразѣ безвозмездныхъ приобрѣтателей, такъ какъ условіе возмездности не только вытекаетъ изъ общихъ принциповъ проекта<sup>2)</sup>, но кромѣ того выставляется дальше въ самой ст. 107 *expressis verbis*. А если, по тѣмъ или инымъ причинамъ, казалось желательнымъ изложить данное правило пространно, то слѣдовало назвать на ряду съ безвозмезднымъ приобрѣтателемъ также и приобрѣтателя недобросовѣстнаго. Совершенно излишни, наконецъ, и слова второй фразы „или же которыя были извѣстны третьему лицу при приобрѣтеніи залогового требованія“. Ибо если возраженія были извѣстны, то по отношенію къ нимъ нѣтъ, очевидно, добросовѣстности<sup>3)</sup>.

1) О значеніи для оборотной ипотеки ст. 101,2 ср. выше, § 53 и ниже, § 87.

2) Ср. выше, т. I, § 21.

3) О нѣкоторыхъ, чисто стилистическихъ недостаткахъ ст. 107 см. Св. Зам., № 239.

Итакъ, основною формою залога по проекту является ипотека обратная. Всѣ нормы гл. IV рассчитаны на нее, другіе же виды ипотеки самимъ проектомъ считаются разновидностями, нормы о которыхъ даются въ видѣ исключеній изъ общаго правила. Обратная же ипотека извѣстна проекту, какъ уже было упомянуто, въ двухъ формахъ, какъ книжная, и какъ актовая. Замѣчательно при этомъ то, что эти двѣ формы признаются совершенно равноцѣнными, между тѣмъ какъ германское уложеніе считаетъ актовую ипотеку нормальнымъ явленіемъ, книжную же — лишь разновидностью, а швейцарское признаетъ только актовую форму. Проектъ, напротивъ, требуетъ особаго, въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, соглашенія сторонъ о томъ, устанавливается ли залогъ актовый или книжный<sup>1)</sup>. И нельзя не признать полной правильности подобной нормировки, въ виду того, что въ настоящее время нѣтъ никакихъ данныхъ для сужденія о томъ, которая изъ этихъ формъ окажется на практикѣ болѣе цѣлесообразной и подходящей съ точки зрѣнія потребностей поземельнаго кредита въ Россіи.

Но далѣе слѣдуетъ отмѣтить, что, независимо отъ этого болѣе внѣшняго момента, и по существу нѣтъ никакого принципиальнаго различія между книжнымъ и актовымъ залогомъ. Въ частности, дѣйствіе ст. 107 распространяется одинаково какъ на тотъ, такъ и на другой. Несовпаденіе же замѣчается лишь по двумъ вопросамъ, имѣющимъ чисто внѣшнее значеніе и не затрагивающимъ сущности залогового права. А именно, проектомъ установлена различная форма для передачи и, для заклада залогового требованія смотря по тому, является ли оно актовымъ или книжнымъ<sup>2)</sup>. Само собой понятно, что это иначе и быть не можетъ. Послѣдствія же передачи въ обоихъ случаяхъ совершенно одни

1) Ст. 60.

2) Ст. 85—96.

и тѣ же <sup>1)</sup>. Во-вторыхъ же, на основаніи ст. 86, „залоговое требованіе, по коему не выдано залогового акта, можетъ быть передано или заложено какъ въ полной суммѣ, такъ и въ части“. Напротивъ, требованіе, по которому выданъ актъ, признается недѣлимымъ. Однако, ясно, что и это различіе лишено всякаго принципіальнаго значенія. Къ тому же, изъ матеріаловъ къ проекту явствуетъ, что редакціонная комиссія руководилась по этому вопросу чисто практическими соображеніями <sup>2)</sup>.

До сихъ поръ принималась въ соображеніе лишь ипотека обратная, основанная на договорѣ. Однако, сюда можетъ относиться, въ равной мѣрѣ, и залогъ завѣщательный. Правда, по проекту получается впечатлѣніе, будто онъ представляетъ собою вполне самостоятельный видъ. Но если комиссія, дѣйствительно, желала придать ему такое значеніе, то эта цѣль, во всякомъ случаѣ, не была достигнута. Ибо проектъ устанавливаетъ по отношенію къ завѣщательному залогу лишь одно исключеніе изъ правилъ объ обратной ипотекахъ. А это исключеніе относится къ моменту, имѣющему лишь внѣшнее значеніе: завѣщательный залогъ признается по преимуществу книжнымъ. Актъ же выдается, согласно ст. 62,2, „лишь въ случаѣ соглашенія о томъ вотчиннаго кредитора съ наслѣдникомъ, коему досталось обремененное завѣщательнымъ залогомъ имѣніе“. Но такъ какъ нѣтъ принципіальнаго различія между актовой и книжной формой обратной ипотеки, то и нельзя провести такового между основной формой договорнаго залога и залогомъ завѣщательнымъ. Послѣдній является, напротивъ, тѣмъ же обратнымъ залоговымъ правомъ, такъ какъ за единственнымъ исключеніемъ нормы ст. 62,2, не затрагивающей сущности залогового права, всѣ постановленія проекта о договорной обратной

1) Ст. 107.

2) Ср. ниже, § 77.

ипотекъ относятся также и къ оборотной ипотека завѣщательной<sup>1)</sup>.

Въ виду этого нельзя, очевидно, признать завѣщательный залогъ самостоятельнымъ видомъ залогового права. Слѣдовательно, то обстоятельство, что онъ въ отдѣленіи 4 главы IV проекта ставится какъ бы въ противоположность залогу договорному и трактуется въ одной статьѣ съ залогомъ кредитнымъ и принудительнымъ, должно быть признано редакціонною погрѣшностью.

Въ результатѣ слѣдуетъ признать, такимъ образомъ, что оборотная ипотека можетъ возникать какъ на основаніи договора, такъ и на основаніи завѣщанія.

Однако, для избѣжанія недоразумѣній, необходимо отмѣтить, съ другой стороны, что завѣщательный залогъ такъ же, какъ и договорный, можетъ и не быть оборотнымъ. Онъ можетъ быть также и залогомъ кредитнымъ. Дѣло лишь въ томъ, что фактъ возникновенія залога на основаніи завѣщанія не придаетъ ему опредѣленнаго характера и нисколько не препятствуетъ ему быть, при извѣстныхъ условіяхъ, залогомъ оборотнымъ. Все зависитъ, напротивъ, отъ характера обезпечиваемаго имъ требованія<sup>2)</sup>.

Въ заключеніе, слѣдуетъ, впрочемъ, поставить еще вопросъ о томъ, насколько постановленіе ст. 62,2 цѣлесообразно и удачно. Редакціонная и особая коммисіи относились, вообще, съ извѣстнымъ недовѣріемъ къ институту актовой ипотеки, такъ какъ онѣ опасались, что онъ будетъ

1) Проекту 1893 г. неизвѣстно и это различіе. Оно вводится впервые въ проектъ 1896 г., въ ст. 58,2. Но Объясненія къ ней — ср. I, стр. 361 — объ этомъ моментѣ не упоминаютъ. О немъ молчатъ также и Ж. О. К., — ср. стр. 150 и 168 сл.

2) Такъ, по крайней мѣрѣ, обстоитъ дѣло по проекту ВУ. Но если бы признавался, кромѣ необходимаго, также и добровольный обезпечительный залогъ, то рѣшающее значеніе имѣла бы, до нѣкоторой степени, и воля завѣщателя.

способствовать мобилизації недвижимости <sup>1)</sup>. Въ виду этого комиссії и не имѣли склонности расширять его область дѣйствія, а, напротивъ, старались суживать ее. Считая, такимъ образомъ, по очевидному недоразумѣнію, актовую ипотеку институтомъ, противорѣчащимъ, до извѣстной степени, интересамъ собственника и установленнымъ, главнымъ образомъ, въ интересахъ кредитора, комиссії и не пожелали признать ее нормальною формою завѣщательнаго залога и поставили, поэтому, выдачу акта въ зависимость отъ согласія наслѣдника. Между тѣмъ, интересы наслѣдника, при нормальномъ положеніи дѣла, не могли бы пострадать отъ того, если бы выдача акта была поставлена въ зависимость отъ воли кредитора. А съ другой стороны, нельзя не замѣтить, что постановленіе ст. 62,2 даетъ въ руки наслѣдника оружіе, которымъ онъ можетъ пользоваться въ ущербъ кредитору, и на практикѣ послѣднему нерѣдко придется дѣлать ничѣмъ не обоснованныя уступки для того, чтобы добиться согласія наслѣдника на выдачу акта. Слѣдуетъ имѣть въ виду, что при установленіи договорнаго залога интересы вѣрителя и должника будутъ, при нормальныхъ условіяхъ, тождественны, насколько дѣло касается этого вопроса: и тотъ и другой заинтересованы въ легкой реализуемости залогового требованія. Но при завѣщательномъ залогѣ положеніе дѣла иное. Тутъ условія требованія, являющагося основаніемъ залога, уже установлены и кредиторъ легко можетъ быть поставленъ въ весьма затруднительное положеніе, если только опредѣленіе срока уплаты по обязательству не зависитъ исключительно отъ него. Напротивъ, при правильномъ взглядѣ на этотъ вопросъ, интересы должника-наслѣдника не могутъ пострадать, если актъ долженъ быть выданъ по требованію кредитора.

Но наряду съ этимъ необходимо отмѣтить также и то,

---

1) Объ этомъ см. ниже, §§ 93 сл.

что редакція разсматриваемой статьи, вообще, весьма неудачна. Слѣдуетъ, по крайней мѣрѣ, предполагать, что комиссія желала предоставить рѣшеніе вопроса о выдачѣ или невыдачѣ акта, въ первую голову, наследодателю. Если въ завѣщаніи имѣется постановленіе по этому вопросу, то за нимъ слѣдуетъ признать, очевидно, рѣшающее значеніе. Между тѣмъ, ст. 62,2 объ этомъ не упоминаетъ и нельзя не опасаться, что это обстоятельство вызоветъ на практикѣ, по крайней мѣрѣ въ первое время, недоразумѣнія. Для избѣжанія ихъ неперемѣнно слѣдовало бы вставить въ ст. 62,2, хотя бы въ формѣ условнаго предложенія, нѣсколько словъ о томъ, что данный вопросъ нормируется только на тотъ случай, когда въ завѣщаніи не будетъ указано, слѣдуетъ ли выдать кредитору залоговой актъ или нѣтъ<sup>1)</sup>.

#### § 64. Принудительный залогъ.

Если, такимъ образомъ, основнымъ типомъ ипотеки является ипотека оборотная, возникающая какъ на основаніи договора, такъ и на основаніи завѣщанія, то остается классифицировать ипотеки кредитную и принудительную. Ближайшее изслѣдованіе покажетъ, что онѣ обѣ являются видами одного основного рода.

Однако, предварительно нельзя не указать на то обстоятельство, что новшество, заключающееся для русскаго права въ институтѣ принудительнаго залога, встрѣтило въ литературѣ весьма слабую поддержку и очень рѣшительныя нападенія. За него высказался лишь одинъ изъ критиковъ

1) Нельзя не указать, по этому поводу, на то, что та или иная нормировка завѣщательнаго залога имѣетъ огромное практическое значеніе, которому, безъ сомнѣнія, суждено постоянно увеличиваться. Ясно, что завѣщательный залогъ существуетъ, прежде всего, ради обезпеченія долей тѣхъ ихъ сонаслѣдниковъ, которые не получаютъ недвижимости натурою. Слѣдовательно, его роль будетъ возрастать тѣмъ болѣе, чѣмъ больше будетъ распространяться и укрѣпляться сознаніе о вредѣ чрезмѣрнаго дробленія недвижимости.

проекта<sup>1)</sup> и то въ довольно неопредѣленныхъ выраженіяхъ. Другіе писатели высказались съ большою энергіей противъ принудительнаго залога<sup>2)</sup>. При этомъ доводы противъ него выставляются, съ одной стороны, на основаніи принципиальныхъ, а съ другой — на основаніи практическихъ соображеній. Что касается первыхъ, то они опираются на мысль, формулированную въ свое время Дернбургомъ<sup>3)</sup>. „Принудительный залогъ разрываетъ систему реального кредита“. Другими словами, принудительный залогъ уничтожаетъ грань между реальнымъ и личнымъ кредитомъ, такъ какъ кредиторамъ по личнымъ требованіямъ предоставляется возможность обезпечивать свои требованія внесеніемъ ипотеки на основаніи судебного рѣшенія. Они получаютъ, благодаря этому, нѣчто иное и нѣчто большее, чѣмъ то, на что они имѣютъ право<sup>4)</sup>.

1) Сарандо, Проектъ вотчиннаго устава, Ж. М. Ю. 1900, 1, стр. 63 сл.

2) Городыскій, Замѣчанія на проектъ вотчиннаго права, Ж. М. Ю. 1902, 10, стр. 210 сл., ср. его-же въ Ж. Юрид. Общ. 1895, 9, стр. 57 сл. и въ Св. Зам., № 151, Пергаментъ, Къ проекту введенія у насъ ипотечной системы, Право 1908, 41, 2201 сл., Цвингманъ, Вотчинная реформа, Ж. М. Ю. 1900, 4, стр. 23 сл. — Ср. также Ж. О. К., стр. 125 сл.

3) Sachenrecht, S. 812, ср. Preuss. Hypothekenrecht II, S. 112 flg.

4) Нѣсколько иная точка зрѣнія выдвигается въ отзывѣ министра финансовъ. Здѣсь сказано (стр. 26): „Въ конкурсномъ процессѣ дѣйствуетъ начало соразмѣрности; Вотчинный Уставъ ниспровергаетъ это начало, давая возможность превратить всякій вексель въ закладную“. Этотъ аргументъ едва ли убѣдителенъ, такъ какъ возможность такого превращенія, на основаніи соглашенія между контрагентами, имѣется и безъ принудительнаго залога. Еще менѣе убѣдительны и, къ тому же, слишкомъ прозрачны дальнѣйшіе аргументы, выдвигаемые отзывомъ. Указывается на то, что „проектируемый Уставомъ порядокъ... создаетъ еще тенденцію обращенія личнаго кредита въ форму поземельнаго... Результатомъ... будетъ значительное увеличеніе задолженности земли, такъ какъ послѣдуетъ большее поступленіе частнаго капитала, пользующагося легкостью обращенія векселя въ закладную, въ распоряженіе домовладѣльцевъ и землевладѣльцевъ“. Въ основѣ этой аргументаціи лежитъ мысль, выступающая въ другихъ мѣстахъ отзыва съ еще большею ясностью: министерство финансовъ, считающее себя призваннымъ защищать интересы ипотечныхъ банковъ, опасается, какъ бы операціи послѣднихъ не были стѣснены конкуренціей частнаго капитала. Въ виду этой

На такой аргументъ слѣдуетъ возразить — что и было сдѣлано неоднократно въ литературѣ германскаго права — что личный кредиторъ, имѣющій большее право требовать продажи имѣнія съ публичнаго торга, долженъ имѣть также и меньшее право требовать обезпеченія своего требованія путемъ внесенія ипотеки. И съ чисто принципіальной точки зрѣнія едва ли можно отрицать справедливость такого возраженія. А если, кромѣ того, указываютъ<sup>1)</sup> на изрѣченіе мотивовъ къ французскому законопроекту, въ которомъ говорится, что „d'après les principes généraux de notre droit, il ne doit y avoir que deux sources d'hypothèques: la loi et la convention; le maintien de l'hypothèque judiciaire ne s'explique donc pas au point de vue théorique“ — то это, очевидно можетъ имѣть значеніе лишь для французскаго права, а не для права нашего проекта. Къ тому же, „источникомъ“ ипотеки, при послѣдовательномъ проведеніи вотчинной системы, во всякомъ случаѣ, можетъ быть только внесеніе въ вотчинную книгу. Вопросъ же о томъ, какія могутъ быть признаны основанія внесенія, имѣетъ совершенно самостоятельное значеніе<sup>2)</sup>. И разъ современными законодательствами признается въ качествѣ основанія внесенія ипотеки законъ, то трудно привести принципіальныя возраженія противъ признанія того же значенія за судебнымъ рѣшеніемъ. Можно, правда, указать на то, что даже при законной ипотеки воля собственника недвижимости играетъ извѣстную роль: вступая въ такое правоотношеніе, которое, по закону, является титуломъ для внесенія, онъ предвидитъ возможность внесенія ипотеки. Но когда судебное рѣшеніе игра-

---

тенденціи отзыва, охарактеризованной въ своемъ мѣстѣ — см. выше, т. I, § 7 — нельзя придавать большаго значенія изложеннымъ возраженіямъ. Стоитъ, впрочемъ, отмѣтить также и по этому поводу, что министръ финансовъ отказался въслѣдствіи отъ принципіальныхъ возраженій противъ проекта.

1) Цвингманъ, I. с., стр. 26.

2) Ср. выше, § 57.

еть ту же роль, то собственникъ недвижимости, вступающій въ любое обязательственное отношеніе, можетъ предвидѣть то же самое.

Съ чисто принципіальной точки зрѣнія, такимъ образомъ, едва ли можно спорить противъ признанія принудительной ипотеки. Приходится, слѣдовательно, поставить вопросъ о ея цѣлесообразности. При этомъ, правда, одинъ изъ аргументовъ, выдвинутыхъ въ поддержку принудительной ипотеки<sup>1)</sup>, долженъ остаться въ сторонѣ. Онъ заключается въ томъ, что кредиторъ, обезпечивающій себя принудительнымъ залогомъ, проявляетъ особую заботливость и что такая заботливость вполне оправдываетъ предоставленіе ему особо выгоднаго положенія. Въ отвѣтъ на это, въ литературѣ справедливо было замѣчено<sup>2)</sup>, что полученіе исполнительнаго листа зависитъ далеко не отъ большей бдительности и заботливости, но весьма часто отъ разныхъ случайностей. А кромѣ того, приобрѣтеніе залогового права принимаетъ, съ этой точки зрѣнія, характеръ преміи за успѣшность<sup>3)</sup>. Другими словами, институтъ принудительнаго залога, при такомъ на него взглядѣ, поощряетъ безжалостное отношеніе къ должнику, что, разумѣется, противорѣчитъ правильно понятымъ задачамъ гражданскаго законодательства.

Однако, все же приходится сказать, что отсюда вытекаетъ лишь тотъ выводъ, что большинство особой комиссіи, опираясь на эту мысль, выдвинуло въ защиту своего мнѣнія неудачный аргументъ, между тѣмъ какъ имѣется гораздо болѣе вѣскій доводъ, который и упоминается неоднократно въ матеріалахъ къ проекту<sup>4)</sup>. Дѣло въ томъ,

1) Ж. О. К., стр. 134, ср. также Записку министра юстиціи, стр. 41.

2) Цвингманъ, I. с., стр. 28. Ср. также Пергаментъ, I. с., стр. 2202.

3) Ср. Ж. О. К., стр. 126.

4) Объясненія 1893 г. I, стр. 287, 350, 1896 г. I, стр. 304, 356, Ж. О. К., стр. 134, Записка стр. 41.

что принудительный залогъ даетъ кредитору возможность отказаться отъ публичной продажи недвижимости или, по крайней мѣрѣ, отложить ее, не рискуя обезцѣнить свое требованіе. Это, дѣйствительно, аргументъ, съ которымъ нельзя не считаться.

Правда, при этомъ необходимо имѣть въ виду, съ другой стороны, и то, что кредиторъ можетъ одновременно вносить принудительную ипотеку и обращать взысканіе на движимое имущество должника <sup>1)</sup>, и что, такимъ образомъ, преслѣдуемая законодателемъ цѣль не достигается, хотя все же публичная продажа имѣнія, даже въ такомъ случаѣ, отсрочивается. Слѣдуетъ считаться и съ тѣмъ, что кредиторъ, путемъ установленія принудительнаго залога, можетъ присвоить своему требованію не подобающее ему старшинство въ ущербъ другимъ личнымъ кредиторамъ, а затѣмъ, тотчасъ послѣ внесенія залога, можетъ приступить къ публичной продажѣ. Ясно, что при такой тактикѣ кредитора принудительный залогъ не принесетъ никакой пользы должнику и лишь ухудшитъ положеніе другихъ вѣрителей. Однако, то же самое можетъ быть достигнуто кредиторомъ и независимо отъ признанія законодательствомъ принудительнаго залога: если собственникъ недвижимости находится въ затруднительномъ положеніи, то кредитору почти всегда удастся добиться отъ него установленія добровольнаго залога, не связывая себя, при этомъ, по отношенію къ взысканію, и результатъ будетъ одинъ и тотъ же. И вообще, нельзя закрывать глаза на то, что принудительный залогъ окажетъ преимущественно косвенное вліяніе. Фактическое внесеніе его будетъ явленіемъ, встрѣчающимся не особенно часто: самъ должникъ, въ большинствѣ случаевъ, предпочтетъ установить добровольный залогъ, разъ рѣшимость кредитора добиться обезпеченія находится

---

1) Dernburg, Sachenrecht, S. 812, ср. ВУ. 103, см. ниже, § 82.

внѣ сомнѣнія. Ибо доведеніе дѣла до судебного рѣшенія только увеличитъ сумму долга. И съ этой точки зрѣнія, трудно отрицать благотворность принудительной ипотеки. Впрочемъ, въ связи съ этимъ, можно еще указать на то, что нѣтъ основанія опасаться переполненія вотчинной книги принудительными залогами на небольшія суммы<sup>1)</sup>. Пока собственникъ недвижимости не совершенно еще разоренъ, онъ позаботится объ удовлетвореніи ищущихъ по суду кредиторовъ путемъ установленія добровольнаго залога, дающаго ему средства на покрытіе этихъ притязаній. Если же у него не окажется необходимаго для этого кредита, то, все равно, публичная продажа имѣнія не заставитъ себя ждать. Такимъ образомъ, постановленіе германскаго права<sup>2)</sup>, по которому принудительный залогъ не можетъ быть установленъ въ суммѣ ниже 300 марокъ, едва ли имѣетъ особенную цѣнность, не говоря даже о томъ, что такая абсолютная цифра лишена значенія уже потому, что она не соображается съ различіями въ цѣнности недвижимостей.

Въ результатѣ, такимъ образомъ, нельзя не признаться, что въ институтѣ принудительнаго залога кроются извѣстныя опасности. И въ виду того, что онъ, съ точки зрѣнія русскаго законодательства, является новшествомъ, было бы можетъ быть, лучше отказаться отъ его введенія — если бы только его противники были въ состояніи указать другое разрѣшеніе стоящей на очереди проблемы, сводящейся къ тому, что личному вѣрителю необходимо дать возможность обезпечить свое требованіе, не прибѣгая непосредственно къ публичной продажѣ. Единственнымъ, повидимому, средствомъ къ достиженію этой цѣли и является принудительная ипотека. Система запретительныхъ отмѣтокъ<sup>3)</sup>, во всякомъ

1) Пергаментъ, I. с., стр. 2203.

2) ZPO, 866.

3) Она была предложена меньшинствомъ особой комиссіей, см. Ж. О. К., стр. 128.

случаѣ, еще менѣе удовлетворительна, такъ какъ она останавливаетъ весь вотчинный оборотъ по данной недвижимости и, въ частности, закрываетъ собственнику пути къ кредиту. А въ виду этого, трудно не притти къ выводу, что принудительный залогъ, является, можетъ быть, зломъ, но все же меньшимъ изъ возможныхъ золъ<sup>1)</sup>.

Если, затѣмъ, поставить вопросъ, какое слѣдуетъ указать мѣсто принудительному залогу въ системѣ проекта, то приходится сказать, что редакціонная комиссія придала ему характеръ обезпечительной ипотеки. Подчиняя его правиламъ, установленнымъ для залогового права вообще, но рассчитаннымъ все же преимущественно на основной его видъ, т. е. на оборотную ипотеку, составители проекта, однако, вмѣстѣ съ тѣмъ, признаютъ по отношенію къ принудительному залогу нѣкоторыя весьма важныя исключенія.

А именно, ст. 62,1 воспрещаетъ выдачу по принудительному залогу залогового акта и ст. 97 гласитъ, что правила отдѣленія 8 о передачѣ и закладѣ залогового требованія къ принудительному залогу не относятся. Наряду съ этимъ имѣется еще постановленіе ст. 59, по которому принудительный залогъ теряетъ силу, если впослѣдствіи окажется, что во время внесенія его въ вотчинную книгу имѣніе принадлежало не должнику, значившемуся по книгѣ собственникомъ, а другому лицу, которому оно впослѣдствіи и было присуждено. Другими словами, принудительный залогъ не пользуется безповоротностью.

Эта отмѣна безповоротности является самостоятельной чертой нашего проекта. Правда, публичная вѣра вотчинной книги имѣетъ ограниченное значеніе для принудительной ипотеки также и по германскому уложе-

1) Нѣкоторые другіе аргументы противъ принудительнаго залога оставляются здѣсь въ сторонѣ, такъ какъ отъ нихъ отказываются даже противники института. См., напр., о возможности установленія фиктивныхъ принудительныхъ залоговъ — Цвингманъ, I. с., стр. 24, Ж. О. К., стр. 135.

нію<sup>1)</sup>. Такъ какъ публичная вѣра установлена лишь въ пользу добросовѣстныхъ приобрѣтателей по юридической сдѣлкѣ, то она не дѣйствуетъ въ пользу лица, приобрѣтающаго вотчинное право на иномъ основаніи, въ частности, на основаніи судебного рѣшенія. Если впослѣдствіи окажется, что лицо, внесенное въ книгу въ качествѣ собственника, не было собственникомъ, то принудительная ипотека теряетъ силу. Но это имѣетъ отношеніе только къ установителю принудительнаго залога. Если же принудительная ипотека перешла, путемъ цессіи требованія, къ третьему добросовѣстному приобрѣтателю, то публичная вѣра книги вступаетъ въ свои права и принудительная ипотека сохраняетъ свою силу также и тогда, когда должникъ оказывается не-собственникомъ.

Нашъ проектъ, напротивъ, принявъ рѣшеніе гораздо болѣе радикальное. Правда, ст. 59 была введена въ проектъ не безъ разногласій въ средѣ редакціонной комиссіи<sup>2)</sup>. Меньшинство, изъ двухъ членовъ, энергично отстаивало распространеніе принципа безповоротности также и на принудительный залогъ — даже безъ ограниченій, извѣстныхъ германскому праву. И нельзя отрицать, что оно привело рядъ весьма вѣскихъ аргументовъ въ пользу своего мнѣнія<sup>3)</sup>. Но противоположное воззрѣніе одержало верхъ и въ результатѣ въ проектъ вошелъ институтъ, рѣзко противорѣчащій основному принципу всей вотчинной системы: публичная вѣра книги совершенно упраздняется, насколько дѣло идетъ

1) BGB. 892. Cp. Dernburg, Sachenrecht, S. 159, 801 flg., Gierke, Deutsches Privatrecht II, S. 329, Wolff, Sachenrecht, S. 124, 544 flg.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 340 сл., 1896 г. I, стр. 346 сл., ср. Ж. О. К., стр. 145.

3) Было указано, впрочемъ, также и на одинъ аргументъ, который не только не убѣдителенъ, но даже въ состояніи вызвать недоумѣніе: противники ст. 59 утверждали, что отъ отмѣны безповоротности могутъ пострадать интересы казны — Объясненія 1893 г. I, стр. 345, 1896 г. I, стр. 351, ср. Ж. О. К., стр. 149.

о принудительномъ залогѣ и даже лицо, приобрѣвшее его добросовѣстно и возмездно, не можетъ полагаться на сохраненіе книги.

Можно сомнѣваться въ цѣлесообразности отмѣны безповоротности по отношенію даже къ одному лишь первому приобретателю принудительнаго залога<sup>1)</sup>, такъ какъ уже она противодѣйствуетъ цѣли, преслѣдуемой этимъ институтомъ. Ибо чѣмъ менѣе обезпечено будетъ положеніе вѣрителя по принудительному залогу, тѣмъ скорѣе онъ приступитъ къ публичной продажѣ. Но совершенно ясна нецѣлесообразность и, вмѣстѣ съ тѣмъ, безпринципность того нарушенія основнаго начала вотчинной системы, на которое рѣшилась наша редакціонная коммиссія. И если даже допущенное германскимъ уложеніемъ отступленіе отъ принципа публичной вѣры вотчинной книги дѣлаетъ сомнительными достоинства всего института принудительнаго залога, то нашъ проектъ окончательно лишаетъ его всякаго значенія. Непризнаніе доброй вѣры цессіонарія, являясь несправедливостью по отношенію къ послѣднему, приводитъ къ фактической невозможности цессіи обезпеченнаго принудительнымъ залогомъ требованія. Излишне говорить, что это будетъ дальнѣйшимъ стимуломъ къ ускоренію взысканія путемъ публичной продажи<sup>2)</sup>. Къ тому же приходится констатировать, что мнѣніе большинства коммиссіи не содержитъ достаточнаго осно-

1) Первый проектъ германскаго уложенія признавалъ, въ ст. 837, безповоротность также и принудительнаго залога, ср. Motive III, S. 213. Если же столь авторитетный цивилистъ, какъ Dernburg, Sachenrecht, S. 159 высказывается противъ этого постановленія и за норму BGB. 892, то это объясняется, въ значительной степени, тѣмъ, что онъ вообще склоненъ поддерживать систему прусскаго Земскаго права въ противоположность къ системѣ BGB. Ср. его Bürgerliches Recht I, S. 4 flg. Ср., напр., также и его отношеніе къ вопросу о безмездномъ приобретеніи вотчинныхъ правъ, — о немъ упомянуто выше, т. I, § 21.

2) Между тѣмъ, редакціонная коммиссія сама указываетъ (Объясненія 1893 г. I, стр. 287, 1896 г. I, стр. 304) на то, что возможность цессіи требованія позволить даже вѣрителю, нуждающемуся въ деньгахъ, отказаться отъ публичной продажи недвижимости.

ванія для столь рискованнаго шага. Ибо едва ли отличается убѣдительностью указаніе на то<sup>1)</sup>, что вѣритель можетъ внести залогъ несмотря на заявленіе значащагося въ книгѣ собственника о томъ, что недвижимостъ принадлежитъ не ему и что онъ можетъ дѣйствовать, тѣмъ не менѣе, въ доброй вѣрѣ, такъ какъ подобное заявленіе не должно быть почитаемо достовѣрнымъ.

Нельзя упускать изъ вида и того обстоятельства, что такимъ образомъ открывается широкая дорога всякимъ злоупотребленіямъ. Вѣдь принудительный залогъ найдетъ примѣненіе, главнымъ образомъ, къ должникамъ, экономическое положеніе которыхъ уже пошатнулось. И если уже въ настоящее время раздаются отовсюду жалобы на всякіе обходы закона со стороны неоплатныхъ должниковъ во вредъ кредиторамъ путемъ переукрѣпленія имущества, то это явленіе, послѣ вступленія въ дѣйствіе ВУ., разумѣется, не исчезнетъ. Отмѣна же безповоротности по отношенію къ принудительному залoгу открываетъ въ этой области новыя перспективы.

Слѣдуетъ признать, что редакціонная коммиссія стала, въ общемъ, на весьма симпатичную точку зрѣнія, принимая тщательно въ соображеніе интересы должниковъ. Но цѣли гражданскаго законодательства требуютъ, безспорно, обращенія вниманія въ такой же мѣрѣ и на интересы вѣрителей. Нельзя бороться исключительно противъ возможныхъ злоупотребленій послѣднихъ, совершенно не считаясь съ злоупотребленіями первыхъ. Можно по этому поводу даже не приводить аргумента, неоднократно выдвигаемаго, по другимъ поводамъ, редакціонною же коммиссіей и заключающагося въ томъ, что интересы самихъ должниковъ требуютъ тщательнаго огражденія интересовъ вѣрителей, такъ какъ только при этомъ условіи можетъ быть обезпеченъ до-

---

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 349, 1896 г. I, стр. 354.

ступъ къ кредиту не слишкомъ обременительному. Достаточно простыхъ соображеній справедливости, не допускающихъ подобнаго пренебреженія къ законнымъ интересамъ вѣрителей.

При данныхъ условіяхъ, весь институтъ принудительнаго залога останется на бумагѣ и кредиторы, не имѣя возможности блюсти свои интересы инымъ способомъ, станутъ приступать какъ можно скорѣе къ публичной продажѣ недвижимости. Будетъ достигнуто, такимъ образомъ, результатъ прямо противоположный намѣреніямъ редакціонной комиссіи. Иное положеніе создастся, въ отдѣльныхъ случаяхъ, только тогда, когда отсужденіе недвижимости отъ значащагося въ книгѣ собственника или внесеніе отмѣтки объ искѣ о правѣ собственности не предвидится въ ближайшемъ будущемъ. Въ такихъ случаяхъ вѣритель, безъ сомнѣнія, позаботится о внесеніи въ свою пользу принудительнаго залога, но уже исключительно для того, чтобы обезпечить свое требованіе во вредъ остальнымъ личнымъ кредиторамъ. Такимъ образомъ, принудительный залогъ станетъ институтомъ только вреднымъ.

Нельзя, поэтому, не выразить желанія, чтобы ст. 59 въ окончательную редакцію ВУ. не вошла. По крайней же мѣрѣ, слѣдовало бы стать на точку зрѣнія германскаго уложенія и признать безповоротность хотя бы въ пользу третьяго добросовѣстнаго пріобрѣтателя требованія.

Что же касается двухъ другихъ постановленій, устанавливающихъ особый, по сравненію съ нормальнымъ видомъ ипотеки, характеръ принудительнаго залога, то ст. 62 имѣетъ, главнымъ образомъ, служебное значеніе, между тѣмъ какъ основной принципъ, опредѣляющій самый институтъ, изложенъ въ ст. 97, которая, какъ уже было упомянуто, заявляетъ, что правила проекта о передачѣ и закладѣ залоговыхъ требованій къ залогоу принудительному не относятся.

Прежде всего слѣдуетъ, однако, установить, что основ-

ная мысль редакціонной комиссіи выражена этимъ постановленіемъ неудовлетворительно. Отдѣленіе 8 главы IV, изъ подъ дѣйствія котораго изъемлется залогъ принудительный, регулируетъ форму, въ которой совершаются передача и закладъ залогового требованія<sup>1)</sup>. Такъ какъ, согласно ст. 62, залогового акта по принудительному залогу не выдается, то, понятнымъ образомъ, постановленія о передачѣ залогового акта опадають сами собой. Но, какъ видно изъ ст. 97, форма передачи, установленная для книжнаго залога, къ принудительному залогу также не примѣняется. На первый взглядъ могло бы показаться, что права по принудительному залогу вообще не могутъ быть перенесены на новаго кредитора, что они должны оставаться въ рукахъ первоначальнаго вѣрителя. Это впечатлѣніе усиливается еще тѣмъ, что во главѣ отдѣленія 8 стоитъ ст. 85, провозглашающая общій принципъ, что „вотчинный кредиторъ можетъ передать залоговое требованіе или отдать его въ закладъ, если не обязался передъ должникомъ не передавать требованія въ другія руки“.

Между тѣмъ, такой выводъ не можетъ не быть неправильнымъ. Не говоря даже о томъ, что въ противномъ случаѣ тутъ имѣлось бы вторженіе проекта ВУ. въ область обязательственнаго права, не заслуживавшее бы одобренія ни подъ какимъ угломъ зрѣнія, нельзя, кромѣ того, предполагать, чтобы редакціонная комиссія желала принципиально отрицать уступаемость требованій, обеспеченныхъ принудительнымъ залогомъ. Съ одной стороны, въ матеріалахъ имѣются прямые указанія на то, что она считалась съ возможностью ихъ уступки<sup>2)</sup>, а съ другой, она не могла не сознавать, что подобное ограниченіе въ значительной степени обезцѣнило бы задуманный ею институтъ: благодаря

1) Ср. ниже, §§ 73 сл.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 287, 461, 1896 г. I, стр. 304, 467, Ж. О. К., стр. 185 сл.

ему, возможность благотворныхъ послѣдствій отъ введенія принудительнаго залога сильно уменьшилась бы, и на первый планъ уже безспорно выступили бы тѣ злоупотребленія, которыхъ вообще приходится опасаться на почвѣ этого института и которыя, при такомъ положеніи дѣла, уже не искупались бы положительными его сторонами.

Въ виду этого, слѣдуетъ высказать предположеніе, что ст. 97 лишь неудачно редактирована, что она къ ст. 85 не относится и что истинное ея содержаніе сводится къ тому, что къ принудительному залoгу не примѣняются ни актовая, ни книжная форма уступки и заклада, но что уступка его, тѣмъ не менѣе, допускается, хотя тутъ и дѣйствуютъ особыя нормы.

Проектъ не даетъ никакихъ указаній на то, каковы эти нормы. Въ виду этого остается одинъ только исходъ: необходимо признать, что требованія, обезпеченныя принудительнымъ залогомъ, уступаются по нормамъ обязательственнаго права и съ соблюденіемъ тѣхъ формъ, которыя устанавливаются послѣднимъ. Залоговое же право переходитъ *ipso jure* вмѣстѣ съ обязательственнымъ требованіемъ, въ силу своего акцессорнаго характера<sup>1)</sup>. Благодаря этому, внесеніе въ вотчинную книгу цессіонарія въ качествѣ управомоченнаго по залoгу лица будетъ лишь оглашеніемъ совершившагося факта. Оно будетъ лишено конститутивной силы и будетъ имѣть лишь значеніе исправленія вотчинной книги, т. е. согласованія ея съ матеріальнымъ правовымъ положеніемъ.

Правда, въ проектѣ нѣтъ ни слова о допустимости подобнаго внесенія. Но сказанное только что логически вытекаетъ изъ основныхъ принциповъ вотчинной системы: разъ задача вотчинной книги заключается въ вѣрномъ и

---

1) Такъ же смотритъ на этотъ вопросъ и редакціонная коммиссія, ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 461, 1896 г. I, стр. 467.

полномъ изображеніи всѣхъ касающихся данной недвижности правоотношеній, то во внесеніи новаго вѣрителя на мѣсто стараго не можетъ быть отказано. А при такихъ условіяхъ слѣдуетъ признать даже то, что ст. 97, съ формальной точки зрѣнія, устанавливаетъ только облегченіе для передачи принудительной ипотеки по сравненію съ передачей оборотной ипотеки.

Съ чисто практической точки зрѣнія, съ такимъ результатомъ можно помириться. Правда, съ теоретической точки зрѣнія, нельзя не замѣтить, что въ немъ заключается нѣкоторое нарушеніе принципа внесенія. Соблюденіе же его приводило бы къ тому, что уступка совершалась бы путемъ внесенія въ вотчинную книгу. Такъ дѣйствительно и поступило германское уложеніе<sup>1)</sup>. Швейцарское, напротивъ, выдвинуло на первый планъ аксессуарный характеръ обезпечительной ипотеки и приняло рѣшеніе, совпадающее съ рѣшеніемъ нашего проекта<sup>2) 3)</sup>.

Однако, несравненно большее значеніе, чѣмъ только что рассмотрѣнный вопросъ о формѣ уступки, имѣетъ во-

3) BGB. 1154,3, 1185. Ср. Dernburg, Sachenrecht, S. 801 flg., Gierke, Deutsches Privatrecht II, S. 902, Kober, Sachenrecht ad 1154, P. III, S. 822 flg., ad 1185, P. 3, S. 936 flg.

4) ZGB. 835. Ср. Wieland, Sachenrecht ad 835, 1. — Интересно, впрочемъ, то обстоятельство, что редакторъ швейцарскаго уложенія Губеръ предполагалъ придерживаться по этому вопросу примѣра германскаго уложенія и требовать внесенія уступки въ вотчинную книгу — см. Vor-entwurf 821, Erläuterungen III, S. 241, 259 flg. Но онъ же предложилъ затѣмъ въ союзномъ собраніи отказаться отъ этой нормы, ссылаясь на практическія неудобства, вызываемыя ею — ср. Stenogr. Bull. 1906, Juni, S. 645. — Для избѣжанія недоразумѣній слѣдуетъ напомнить о томъ, что ZGB. не знаетъ принудительнаго залога и что сказанное только что относится къ обезпечительной ипотеке вообще.

5) Гантоверъ, Залоговое право, стр. 250 высказывается рѣшительно за уступку правъ по принудительному и кредитному залогу только путемъ внесенія въ вотчинную книгу. Но относящіяся сюда разсужденія его не были позаимствованы Объясненіями редакціонной комиссіи и въ послѣднихъ, а равно въ прочихъ матеріалахъ къ проекту, разсматриваемый вопросъ затрогивается только мимоходомъ въ мѣстахъ, указанныхъ выше, въ примѣчаніяхъ къ двумъ предыдущимъ страницамъ.

прось о послѣдствіяхъ ея, такъ какъ рѣшеніемъ его обусловливается рѣшеніе вопроса о характерѣ принудительнаго залога вообще.

Дѣло заключается въ слѣдующемъ. Если уступка принудительнаго залога происходитъ по принципамъ обязательственнаго права, то цессіонарій, очевидно, приобрѣтаетъ уступаемое ему право согласно тѣмъ же принципамъ обязательственнаго права, т. е. со всѣми присущими ему пороками. Слѣдовательно, всѣ возраженія, имѣющіяся у должника противъ цедента, дѣйствительны также и противъ цессіонарія. То обстоятельство же, что данное обязательство обезпечено внесеннымъ въ вотчинную книгу залогомъ, не въ состояніи внести сюда никакого измѣненія. Столь же мало вліянія имѣетъ послѣдующее внесеніе въ вотчинную книгу новаго вѣрителя на мѣсто прежняго. Ибо рѣшающее значеніе должно оставаться за тѣмъ обстоятельствомъ, что цессія основывается на принципахъ не вотчиннаго права, а обязательственнаго.

Такимъ образомъ, оказывается, что ст. 107, устанавливающая перевѣсъ принципа публичной вѣры вотчинной книги надъ принципомъ акцессорности, не можетъ имѣть силы для залога принудительнаго. А отсюда слѣдуетъ, что залогъ принудительный, въ противоположность залогу оборотному, сохраняетъ свой акцессорный характеръ также и въ рукахъ третьяго приобрѣтателя. Слѣдовательно, можно констатировать, что принудительный залогъ нашего проекта совпадаетъ по своей сущности съ обезпечительнымъ залогомъ западныхъ кодексовъ, въ частности, съ принудительнымъ залогомъ германскаго уложенія, за исключеніемъ того измѣненія, которое вносится ст. 59, отмѣняющею въ отношеніи его принципъ безповоротности также и послѣ перехода его въ руки третьяго приобрѣтателя.

Такимъ образомъ, можно считать выясненнымъ вопросъ о характерѣ принудительнаго залога. Но, вмѣстѣ съ тѣмъ,

нельзя не замѣтить, что постановленія, даваемыя по этому поводу проектомъ, глубоко неудовлетворительны. Въмѣсто того, чтобы высказать кратко и ясно, въ чемъ заключается сущность нормируемаго института, онъ формулируетъ одно лишь постановленіе, касающееся только отдѣльныхъ выводовъ изъ этой сущности и позволяющее выяснитъ послѣднюю лишь обходнымъ путемъ. И нельзя даже не сомнѣваться въ томъ, возможно ли такое выясненіе безъ использованія того матеріала, который предоставляется въ распоряженіе изслѣдователя иностранными законодательствами. Излишне говорить, что такое отношеніе къ дѣлу совершенно недопустимо и что оно можетъ вызвать немалыя затрудненія при примѣненіи будущаго ВУ. на практикѣ.

Нельзя не прибавить, что тутъ имѣются на лицо еще большія погрѣшности, чѣмъ тѣ, которыя пришлось отмѣтить выше, при разборѣ постановленій объ ипотекахъ оборотной. Тамъ оказалось, что основной принципъ, на которомъ покоится весь этотъ институтъ, долженъ быть выведенъ изъ статьи, касающейся лишь одного изъ послѣдствій этого принципа. По отношенію же къ залогу принудительному, ст. 97, даже при правильномъ пониманіи ея смысла, высказываетъ лишь то, что къ уступкѣ принудительнаго залога не примѣняются извѣстныя формы, установленныя для другого вида залогового права. Между тѣмъ, вопросъ о формѣ ничуть не играетъ здѣсь рѣшающей роли. Было бы вполне мыслимо — какъ и показываетъ примѣръ германскаго уложенія, требовать для уступки принудительнаго залога соблюденія вотчинной формы и можно было бы сохранять, тѣмъ не менѣе, акцессорный характеръ залога, его безусловную зависимость отъ обязательственнаго требованія. Слѣдовательно, вопросъ о формѣ, если только онъ имѣетъ вообще значеніе въ данномъ случаѣ, вопросъ второстепенный. И поэтому для выясненія всей сущности принудительнаго залога нельзя было ограничиваться од-

нимъ постановленіемъ, касающимся исключительно формы уступки.

Что же касается ст. 59, то и она не проливаетъ свѣта на сущность принудительнаго залога, такъ какъ она имѣетъ характеръ чисто положительно-правовой. Къ тому же, установленное ею изъятіе принудительнаго залога изъ подъ защиты публичной вѣры вотчинной книги не имѣетъ ни малѣйшаго отношенія къ его акцессорности. Онъ, напротивъ, могъ бы быть независимымъ отъ обязательственнаго требованія при дѣйствіи ст. 59, и могъ бы быть акцессорнымъ, находясь подъ защитой публичной вѣры <sup>1)</sup>).

Въ заключеніе, нельзя не констатировать пріскорбнаго факта, что сами составители проекта, повидимому, не выяснили себѣ въ достаточной мѣрѣ основныхъ чертъ характера принудительнаго залога. Иначе они не могли бы, хотя бы мимоходомъ, высказать мнѣніе, что „принудительный залогъ не отличается по существу своему отъ добровольнаго“, причемъ подъ добровольнымъ залогомъ въ данномъ случаѣ, безъ сомнѣнія, разумѣется, именно, ипотека обратная <sup>2)</sup>).

Въ виду всего этого, нельзя не высказать пожеланія, чтобы постановленія о принудительномъ залогѣ были подвергнуты тщательной переработкѣ.

### § 65. Кредитный залогъ.

Послѣ установленія характера ипотеки принудительной, можно обратиться къ залогу кредитному.

Кредитный залогъ, согласно ст. 53 <sup>3)</sup>, устанавливается въ обезпеченіе требованія, неопредѣленнаго по суммѣ или

1) Последнее имѣется на лицо, какъ указано выше, по германскому уложенію.

2) См. Объясненія 1893 г. I, стр. 488, 1896 г. I, стр. 491, ср. Ж. О. К., стр. 196.

3) Ср. ВУ. 45.

могущаго возникнуть лишь въ будущемъ изъ какого либо договора или иныхъ отношеній сторонъ. Далѣе, въ той же статьѣ говорится, что стороны должны указать, въ обезпеченіе какого, именно, обязательства залогъ устанавливается и должны опредѣлить сумму, въ предѣлахъ которой имѣніе должно служить обезпеченіемъ.

Первое изъ этихъ двухъ требованій является, однако, совершенно излишнимъ. Проектъ вообще не знаетъ абстрактнаго обремененія недвижимости внѣ зависимости отъ опредѣленнаго обязательственнаго требованія<sup>1)</sup>. Кромѣ того, слѣдуетъ указать, уже съ формальной точки зрѣнія, на то, что, согласно ст. 195 проекта ВУ., въ каждой статьѣ, вносимой въ четвертый отдѣлъ вотчинной книги, означается „1) происхожденіе требованія, а именно, проистекаетъ ли оно изъ займа, или купли-продажи, поставки, подряда и т. п.“. Такимъ образомъ, вотчинныя установленія и безъ указаннаго постановленія ст. 53 не имѣли бы возможности вносить кредитный залогъ безъ обозначенія обязательственнаго требованія. Что же касается предписанія вносить сумму, въ предѣлахъ которой отвѣчаетъ имѣніе, то оно логически вытекаетъ какъ изъ принципа спеціальности, такъ и изъ самой сущности кредитнаго залога и поэтому, судя строго, является, также излишнимъ. Но на практикѣ оно окажется, можетъ быть, не бесполезнымъ.

Если вдуматься въ сущность кредитнаго залога, то, даже безъ дальнѣйшаго ознакомленія съ постановленіями проекта или одного изъ западныхъ законодательствъ, становится яснымъ, что онъ можетъ имѣть характеръ только строго аксессуарный. Онъ служить обезпеченіемъ требованія, которое или еще не существуетъ, или сумма котораго неопредѣленна. Слѣдовательно, требованіе въ первомъ случаѣ можетъ и вовсе не возникать. А если оно возникнетъ, то

---

1) Ср. ниже, § 67.

его содержаніе можетъ быть обусловлено еще цѣлымъ рядомъ фактическихъ обстоятельствъ. Во второмъ же случаѣ, если дѣло идетъ о существующемъ уже обязательствѣ, то размѣръ его остается неопредѣленнымъ. Въ виду этого воля сторонъ не можетъ не быть направлена на то, чтобы дѣйствительность и объемъ залогового права опредѣлялись исключительно въ зависимости отъ обязательственнаго требованія. Установить, при такихъ условіяхъ, ипотеку оборотную, покрытую публичною вѣрою вотчинной книги, было бы въ высшей степени нецѣлесообразно и даже бессмысленно.

Но, вмѣстѣ съ тѣмъ, надо имѣть въ виду, что уступка подобнаго требованія и обезпечивающаго его залогового права вполне мыслима. Можно представить себѣ, безъ труда, цѣлый рядъ такихъ случаевъ, въ которыхъ она является желательною и нужною. Но при этомъ само собой разумѣется, что права цессіонарія по залогу должны находиться, равнымъ образомъ, въ строгой зависимости отъ обязательственнаго требованія и что публичная вѣра книги не должна приводить къ устраненію какихъ бы то ни было возраженій, вытекающихъ изъ обязательственнаго требованія.

Правда, слѣдуетъ признать, что, даже при такомъ строго акцессорномъ характерѣ залога, права цессіонарія по залогу будутъ въ одномъ отношеніи лучше обезпечены, чѣмъ его права по обязательству: первыя все же сохраняютъ вотчинный характеръ и подчинены принципамъ вотчиннаго права. А потому на нихъ распространяется сила публичной вѣры вотчинной книги. Слѣдовательно, залогъ остается въ силѣ въ пользу цессіонарія настолько, насколько возраженія должника касаются не обязательственнаго требованія, а именно вотчиннаго права, пріобрѣтеннаго путемъ внесенія въ книгу. Если статья объ этомъ правѣ будетъ недействительна вслѣдствіе заблужденія собственника или вслѣдствіе его недѣеспособности, то она въ пользу третьяго

добросовѣстнаго и возмезднаго пріобрѣтателя все же сохраняетъ свою силу.

Такой выводъ, признанный по отношенію къ обезпечительной ипотекаѣ германскаго и швейцарскаго права<sup>1)</sup>, несомнѣнно правиленъ также и для права нашего проекта, такъ какъ онъ непосредственно вытекаетъ изъ основныхъ принциповъ вотчинной системы. Но онъ, кромѣ того, и отвѣчаетъ вполнѣ всѣмъ требованіямъ справедливости и цѣлесообразности: цессіонарій хотѣлъ пріобрѣсти требованіе, обезпеченное залогомъ и имѣлъ право положиться на публичную вѣру вотчинной книги, въ которой этотъ залогъ внесенъ. Если же онъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, знаетъ, что публичная вѣра книги не гарантируетъ его противъ недостатковъ обязательственнаго требованія и что залоговое право находится въ зависимости отъ дѣйствительности послѣдняго, то это вопросъ совершенно иной. Добросовѣстность цессіонарія относится, въ данномъ случаѣ, къ факту установленія дѣйствительнаго залога, хотя и акцессорнаго. И въ этомъ отношеніи онъ долженъ пользоваться защитой, что и признается объективнымъ правомъ.

Напротивъ, во всѣхъ остальныхъ отношеніяхъ третій пріобрѣтатель находится и долженъ находиться совершенно въ томъ же положеніи, въ которомъ находится первый кредиторъ. Другими словами, кредитный залогъ долженъ имѣть, по самому своему смыслу, акцессорный характеръ также и въ рукахъ третьяго пріобрѣтателя.

Если обратиться, затѣмъ, къ проекту ВУ. съ тѣмъ, чтобы убѣдиться въ томъ, насколько его постановленія отвѣчаютъ выставленнымъ только что предположеніямъ, вытекающимъ изъ самой природы разсматриваемаго института, то уже съ перваго взгляда бросается въ глаза то обстоятельство, что

---

1) Cp. Dernburg, Sachenrecht, S. 802, Wolff, Sachenrecht, S. 544 flg., Wieland, Sachenrecht ad 824/825, P. 1.

залогъ кредитный ставится проектомъ на одну доску съ залогомъ принудительнымъ — за однимъ лишь исключеніемъ. А именно, ст. 59, отмѣняющая безповоротность по отношенію къ послѣднему, о кредитномъ залогѣ не упоминаетъ. Ст. же 62 и 97 относятся къ нему такъ же, какъ къ принудительному залогу. Другими словами, залогъ кредитный регулируется совокупностью нормъ проекта о залогѣ, причемъ, однако, постановленія о залоговыхъ актахъ и объ уступкѣ и закладѣ залоговыхъ требованій къ нему не примѣняются. Однако, проектъ и по отношенію къ залогу кредитному не даетъ постановленія, изъ котораго явствовалась бы его юридическая природа и, въ частности, нѣтъ указанія на то, что онъ сохраняетъ свой акцессорный характеръ также и въ рукахъ третьяго пріобрѣтателя.

Въ виду этого оказывается необходимымъ выяснить природу кредитнаго залога такимъ же путемъ, какимъ была выяснена природа залога принудительнаго, т. е. приходится вывести изъ скудныхъ постановленій проекта тѣ принципы, которые одни только согласуются съ понятіемъ и сущностью кредитнаго залога. Другими словами, изъ ст. 97 слѣдуетъ вывести положеніе, что передача требованія, обеспеченнаго кредитнымъ залогомъ, совершается согласно нормамъ обязательственнаго права. А на основаніи этого нужно выставить, далѣе, положеніе, что публичная вѣра вотчинной книги не простирается на обязательственное требованіе и что, слѣдовательно, кредитный залогъ сохраняетъ акцессорный характеръ также и въ рукахъ третьяго добросовѣстнаго пріобрѣтателя. Отсюда же, понятнымъ образомъ, вытекаетъ далѣе, что ст. 107, устраняющая въ пользу пріобрѣтателя все возраженія, не явствующія изъ вотчинной книги, къ кредитному залогу не относится.

Такимъ образомъ получается результатъ вполне удовлетворительный, хотя, разумѣется, замѣчанія, направленные выше противъ неудачной редакціи постановленій о прину-

дительномъ залогѣ. сохраняють свою силу также и по отношенію къ нормамъ о залогѣ кредитномъ. Отпадаетъ лишь сказанное по поводу ст. 59, не относящейся къ кредитному залогу.

Въ заключеніе настоящаго параграфа, вкратцѣ слѣдуетъ еще замѣтить, что съ цивильно-политической точки зрѣнія противъ введенія въ проектъ кредитнаго залога <sup>1)</sup> возражать едва ли приходится. Оборотъ безспорно нуждается въ подобномъ видѣ залога. Обезпеченіе какъ будущихъ, такъ и неопредѣленныхъ по суммѣ требованій является очевидною необходимостью при современныхъ условіяхъ поземельнаго кредита <sup>2)</sup> и совершенно ясно, что для этого должна быть создана особая форма залога, отличительной чертой которой не можетъ не являться строгая придаточность, другими словами, полная и безусловная зависимость залога отъ обязательственнаго требованія. Въ виду этого не только нельзя возражать противъ рѣшенія составителей проекта, но остается лишь привѣтствовать его <sup>3)</sup>.

1) Объ отношеніи дѣйствующаго права къ кредитному залогу см. Ж. О. К., стр. 140 сл.

2) Перечисленіе случаевъ, въ которыхъ кредитная ипотека является наиболѣе подходящею формою, имѣется у Wieland, Sachenrecht, S. 343 flg.

3) См., однако, ниже, § 68. — Въ отзывѣхъ министра финансовъ и внутреннихъ дѣлъ имѣются, впрочемъ, возраженія противъ введенія въ проектъ кредитнаго залога. Что касается перваго изъ этихъ отзывовъ, то въ немъ высказывается (стр. 28 сл.) утвержденіе, что кредитный залогъ въ проектируемой формѣ грозитъ парализованіемъ дѣятельности обществъ взаимнаго кредита. Почему это такъ, въ отзывѣ, однако, не говорится и вся дальнѣйшая аргументація сводится къ доказыванію вреда предполагавшейся въ проектѣ 1896 г. отмѣны преимуществъ кредитныхъ установленій въ области понудительной продажи. Остается предполагать, что отрицательное отношеніе къ кредитному залогу вызвано опасеніемъ созданія конкуренціи частнаго капитала обществамъ взаимнаго кредита. Въ противоположность этому, отзывъ министра внутреннихъ дѣлъ высказываетъ (стр. 17) опасеніе, что кредитный залогъ „будетъ содѣйствовать дальнѣйшей мобилизаціи недвижимаго имущества“. Между тѣмъ, слѣдуетъ сказать, что, съ этой точки зрѣнія, кредитный залогъ, будучи строго акцессорнымъ, представляетъ, безспорно, меньшую опасность,

## § 66. Особые виды залога.

Наряду съ залогами оборотнымъ, принудительнымъ и кредитнымъ, проектъ упоминаетъ въ отдѣлѣ, посвященномъ матеріальному праву, еще о залогѣ поручительномъ. Кромѣ того, изъ постановленій, относящихся уже къ дѣлопроизводительной сторонѣ вотчинной системы, выясняется возможность возникновенія дальнѣйшаго вида, а именно, залога совокупнаго. Наконецъ, въ настоящемъ параграфѣ слѣдуетъ рассмотретьъ еще и такъ наз. залогъ доходовъ имѣнія.

Залогъ поручительный предусматривается въ ст. 54. Здѣсь, однако, высказывается лишь то, что „залогъ можетъ быть установленъ собственникомъ имѣнія въ обезпеченіе и чужого обязательства, причемъ можетъ быть опредѣленъ срокъ, на который имѣніе должно служить обезпеченіемъ сего обязательства“.

Затѣмъ, ст. 105 гласитъ, что кредиторъ по поручительному залогу, въ противоположность общему правилу ст. 101, можетъ обратить взысканіе непосредственно на личнаго должника, а ст. 109 устанавливаетъ особый двухмѣсячный срокъ послѣ наступленія срока, на который былъ установленъ залогъ, ранѣе истеченія коего статья о залогѣ не можетъ быть погашена.

Другихъ постановленій о поручительномъ залогѣ въ проектѣ не имѣется. Слѣдовательно, приходится выяснить сущность и смыслъ этого вида при помощи указанныхъ только что нормъ. Между тѣмъ, нельзя не исключить изъ ихъ числа тотчасъ же ст. 109. Она касается лишь одного подвида поручительнаго залога, а именно срочнаго и, какъ было установлено выше<sup>1)</sup>, содержитъ въ себѣ, къ тому же, постановленіе, лишенное всякаго принципіальнаго значенія и вы-

---

чѣмъ залогъ оборотный. Но см. вообще о значеніи формъ обремененія для мобилизаціи недвижимости ниже, §§ 92 сл. Ср. опроверженіе имѣющихся въ указанныхъ отзывахъ возраженій въ Ж. О. К., стр. 139 сл.

1) См. § 59.

званное только практическими соображеніями. Она, поэтому, и не можетъ оказать никакой пользы по данному вопросу.

Что же касается двухъ остальныхъ статей, то первая изъ нихъ, ст. 54, содержитъ постановленіе, которое, въ сущности, излишне, такъ какъ едва ли можетъ быть сомнѣніе въ томъ, что собственникъ, вольный распорядиться своею недвижимостью, вправѣ установить ипотеку въ обезпеченіе не только своего собственнаго, но также и чужого обязательства. Это настолько очевидно, что новѣйшія законодательства не посвящаютъ этому вопросу вниманія<sup>1)</sup>. А съ другой стороны, можно сказать, что поручительный залогъ и не вызываетъ никакихъ конструктивныхъ затрудненій. Онъ отличается отъ нормальной ипотеки только тѣмъ, что искъ по залогу предъявляется къ другому лицу, чѣмъ искъ изъ обязательственного требованія. Но такое положеніе наступаетъ также и въ томъ случаѣ, когда заложенное имѣніе приобрѣтено лицомъ, не принявшимъ на себя личной отвѣтственности по обязательственному требованію<sup>2)</sup>. Слѣдовательно, въ этомъ моментѣ не заключается отличительнаго признака, который дѣлалъ бы необходимымъ выдѣленіе поручительнаго залога въ особый видъ.

Однако, если привлечь послѣднюю изъ относящихся сюда статей проекта, то оказывается, что именно вопросъ о соотношеніи между исками залоговымъ и обязательственнымъ привелъ составителей проекта къ выдѣленію поручительнаго залога. Дѣло въ томъ, что при оборотной ипотека личный искъ обладаетъ лишь субсидіарнымъ характеромъ: онъ можетъ быть предъявленъ только послѣ того, какъ вѣритель не получилъ удовлетворенія изъ цѣнности заложенной недвижимости. До проведенія залогового иска,

1) BGB. о поручительномъ залогѣ вовсе не упоминаетъ, ZGB. 824, 2 ограничивается краткимъ указаніемъ, что заложенная недвижимость можетъ и не быть собственностью должника.

2) Ср. ВУ. 101, 2, 102. См. ниже, § 87.

напротивъ, личный искъ предъявленію не подлежитъ <sup>1)</sup>. Между тѣмъ, установленіе такого же соотношенія между обоими исками показалось авторамъ проекта не вполне цѣлесообразнымъ и не вполне справедливымъ <sup>2)</sup>. Въ виду этого, ст. 105 признаетъ допустимость предъявленія, по усмотрѣнію вѣрителя, личного иска, независимо отъ предварительнаго проведенія иска изъ залога.

Однако, это исключеніе, выдвигаемое проектомъ, можетъ вызвать неправильное представленіе, будто поручительный залогъ устанавливается только въ видѣ залога оборотнаго. Въ самомъ дѣлѣ, трудно не предполагать, что составители проекта придерживались именно такого взгляда — въ противномъ случаѣ, ст. 105 была бы придана, по всей вѣроятности, другая формулировка. Между тѣмъ, безспорно слѣдуетъ признать, что поручительный залогъ можетъ быть установленъ также и въ видѣ залога кредитнаго, если только обезпечиваемое обязательство обладаетъ соотвѣтствующимъ характеромъ. Это вытекаетъ изъ самаго существа дѣла и въ проектѣ нѣтъ постановленія, противорѣчащаго такому выводу <sup>3)</sup>.

Вмѣстѣ съ тѣмъ, можно констатировать, что поручительный залогъ вполне подчиняется общимъ нормамъ, представляемымъ проектомъ по отношенію къ залoгу вообще. Единственнымъ исключеніемъ является, по отношенію къ поручительному залoгу оборотному, постановленіе ст. 105. А въ виду этого трудно признать поручительный залогъ самостоятельнымъ видомъ залогового права. Кажется болѣе правильнымъ считать его лишь разновидностью, имѣющей, смотря по обстоятельствамъ, или характеръ оборотнаго залога, или характеръ кредитнаго залога.

1) Ср. ВУ. 101. См. ниже, § 82.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 494 сл., 1896 г. I, стр. 499.

3) Составители проекта не выражаютъ своего воззрѣнія на этотъ вопросъ и вообще посвящаютъ поручительному залoгу лишь очень мало

Впрочемъ, въ связи съ этимъ, слѣдуетъ отмѣтить и то, что поручительный залогъ бываетъ, какъ видно изъ ст. 54 и 109, простымъ или срочнымъ. Но критерій, по которому они различаются другъ отъ друга, далеко не совпадаетъ съ критеріемъ, по которому проводится грань между обязательно-правовымъ поручительствомъ простымъ и срочнымъ — кажется полезнымъ подчеркнуть это особо для избѣжанія возможныхъ по этому вопросу недоразумѣній<sup>1)</sup>. Дѣло въ томъ, что, во-первыхъ, при простомъ поручительномъ залогѣ вѣритель, какъ было установлено только что, ничуть не обязанъ привлечь сначала главнаго должника. Напротивъ, если, съ одной стороны, личный должникъ не можетъ требовать, чтобы вѣритель предъявлялъ искъ изъ обязательственнаго требованія, на основаніи ст. 101, лишь дополнительно, то, съ другой стороны, и нѣтъ у собственника обремененной недвижимости *beneficium excussionis*, которое признается за нимъ, при аналогичныхъ условіяхъ, въ области обязательственного права<sup>2)</sup>.

Что же касается поручительнаго залога срочнаго, то тутъ имѣется, безспорно, большая близость къ поручительству срочному, хотя принципиально срокъ, на который устанавливается залогъ, имѣть самостоятельное значеніе и не находится въ непосредственной зависимости отъ срока обязательственного требованія. Однако, на практикѣ такая зависимость, очевидно, будетъ соблюдаться.

Но далѣе, слѣдуетъ обратить вниманіе еще на одно обстоятельство.

вниманія. Объясненія высказываются о немъ довольно лаконично — см. Объясненія 1893 г. I, стр. 327 сл., 494 сл., 1896 г. I, стр. 334 сл., 499, а прочіе матеріалы къ проекту о немъ вовсе не упоминаютъ. Не привлекъ этотъ институтъ и вниманія критиковъ проекта. Ему не удѣлено ни слова ни въ Сводѣ Замѣчаній, ни въ прочей литературѣ о проектѣ. Нѣсколько лучшая участь постигла лишь ст. 109 — о ней см. выше, § 59.

1) Проектъ ГУ. кн. V, ред. 1913 г., ст. 1114 сл. сохраняетъ извѣстные дѣйствующимъ Гражданскимъ Законамъ виды поручительства.

2) См. X т. I ч., ст. 1558, проектъ ГУ. кн. V, ред. 1913 г., ст. 1122, 1123.

Въ томъ случаѣ, когда поручительный залогъ устанавливается въ видѣ ипотеки обратной, по отношенію къ нему дѣйствуетъ ст. 107, ограничивающая возраженія противъ иска изъ залога. Но само собой разумѣется, что личный искъ отъ этого не выигрываетъ. Въ случаѣ недѣйствительности требованія онъ, слѣдовательно, отпадаетъ. Съ другой стороны, однако, поручитель по нормамъ обязательственного права можетъ предъявлять всѣ возраженія, которыя имѣются въ распоряженіи главнаго должника. Это покоится, какъ извѣстно, на общемъ принципѣ и признается, между прочимъ, также и проектомъ ГУ.<sup>1)</sup> Но о примѣненіи подобнаго правила по отношенію къ третьему добросовѣстному и возмездному пріобрѣтателю правъ по залогу, очевидно, рѣчи быть не можетъ, такъ какъ онъ находится подъ защитой публичной вѣры вотчинной книги. Вслѣдствіе этого, можетъ оказаться, что обезпеченный долгъ недѣйствителенъ, но что взысканіе по поручительному залогу, тѣмъ не менѣе, проводится.

Такимъ образомъ, положеніе собственника недвижимости, обремененной поручительнымъ залогомъ, многимъ невыгоднѣе, чѣмъ положеніе поручителя въ области обязательственного права. А это результатъ, который едва ли можетъ быть названъ желательнымъ въ виду того, что стороны при установленіи поручительнаго залога, въ подавляющемъ большинствѣ случаевъ, будутъ стремиться къ тѣмъ же экономическимъ цѣлямъ, которыя преслѣдуются при помощи обязательственно-правового поручительства.

Редакціонная комиссія указываетъ въ Объясненіяхъ<sup>2)</sup>, что стороны могутъ условиться о томъ, чтобы заложенное имѣніе отвѣчало лишь дополнительно, поскольку кредиторъ не получить удовлетворенія изъ имущества главнаго долж-

1) Ст. 1130.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 495, 1896 г. I, стр. 499.

ника. Съ этимъ слѣдуетъ согласиться, но вмѣстѣ съ тѣмъ надо высказать пожеланіе, чтобы въ ст. 105 было введено постановленіе, санкціонирующее подобныя соглашенія. При молчаніи закона, вотчинныя установленія, пожалуй, откажутъ во внесеніи такихъ условій. Это тѣмъ болѣе вѣроятно, что возможность аналогичнаго соглашенія особо оговаривается въ ст. 101 ВУ.

Но и такимъ путемъ устраняется, во всякомъ случаѣ, лишь одна черта оборотнаго поручительнаго залога, которая можетъ вызвать нежелательныя послѣдствія. Напротивъ, дѣйствіе ст. 107 остается незатронутымъ и приходится признать, что по постановленіямъ проекта, въ нынѣшнемъ ихъ видѣ, нѣтъ возможности улучшить положеніе собственника недвижимости. По германскому и швейцарскому уложеніямъ, напротивъ, всѣ затрудненія могутъ быть устранены путемъ установленія поручительнаго залога въ формѣ залога обезпечительнаго, независимо отъ характера обезпечиваемаго обязательства<sup>1)</sup>. Въ такомъ случаѣ, возраженія, принадлежащія главному должнику, сохраняютъ, конечно, силу также и въ пользу собственника. Но проектъ, какъ извѣстно, предвидитъ установленіе обезпечительной ипотеки исключительно въ видѣ залога принудительнаго или по отношенію къ требованіямъ будущимъ или неопредѣленнымъ по суммѣ. Вслѣдствіе этого, и нельзя использовать эту форму въ достаточной мѣрѣ для залога поручительнаго — если только соотвѣтствующія постановленія не будутъ измѣнены въ окончательной редакціи ВУ.

Если же они останутся неизмѣненными, то едва ли приходится ожидать широкаго примѣненія на практикѣ поручительнаго залога.

Нѣкоторыми особенностями отличается, хотя и съ другой точки зрѣнія, также залогъ совокупный. Сущность

1) Ср. выше, § 61.

этого института, извѣстнаго какъ германскому, такъ и швейцарскому уложеніямъ<sup>1)</sup>, заключается въ томъ, что одно требованіе обезпечивается залогомъ нѣсколькихъ недвижимостей съ тѣмъ, чтобы вѣритель, по своему усмотрѣнію, могъ осуществить свое право по отношенію къ каждой изъ нихъ. Но само собой разумѣется, при этомъ, что полученіе имъ удовлетворенія изъ цѣнности одной изъ обремененныхъ недвижимостей приводитъ къ прекращенію его права или, выражаясь точнѣе, является основаніемъ погашенія установленныхъ въ его пользу залоговыхъ правъ также и въ прочихъ недвижимостяхъ. Слѣдуетъ, впрочемъ, добавить, что совокупный залогъ можетъ устанавливаться къ формѣ, какъ залога оборотнаго, такъ и залога обезпечительнаго.

Какъ было отмѣчено уже выше, институтъ совокупной ипотеки неизвѣстенъ тому отдѣлу проекта, который посвященъ ех professo матеріальному вотчинному праву. Въ проектѣ 1893 г., правда, предполагалось признать его и, въ частности, допускать первоначальное установленіе совокупнаго залога<sup>2)</sup>. Кромѣ того, предполагалось признать возникновеніе совокупнаго залога, въ силу самаго закона, въ нѣкоторыхъ случаяхъ раздѣла недвижимости, обремененной залогомъ<sup>3)</sup>. Редакціонная комиссія<sup>4)</sup> ссылаясь, при этомъ, прежде всего, на то, что только такимъ путемъ можетъ быть обезпечена свобода раздѣла недвижимостей. А разъ это такъ, то нельзя, по ея мнѣнію, не допускать и первоначальнаго установленія совокупнаго залога, такъ какъ иначе наруша-

1) BGB. 1132, ср. Dernburg, Sachenrecht, S. 764 flg., Gierke, Deutsches Privatrecht II, S. 935 flg., Wolff, Sachenrecht, S. 529 flg., Kober, Sachenrecht ad 1132, S. 758 flg. — ZGB. 798, ср. Wieland ad 798. О принципиальномъ отношеніи къ совокупному залогоу обоихъ уложеній см. ниже.

2) Ср. ст. 52.

3) Ср. ст. 198.

4) Объясненія 1893 г. I, стр. 320 сл.

лось бы „начало полной договорной свободы, составляющее главную основу всякаго экономического благоустройства“. Къ тому же, можетъ встрѣтиться экономическая необходимость въ обезпеченіи вѣрителя именно такимъ путемъ и поэтому воспрещеніе установленія совокупнаго залога приведетъ лишь къ обходу закона, сопряженному съ ухудшеніемъ положенія должника.

Въ противоположность этому, меньшинство изъ трехъ членовъ комиссіи утверждало <sup>1)</sup>, что законодатель нисколько не связанъ принципомъ договорной свободы. Въ данномъ же случаѣ ея признаніе не можетъ не привести къ нежелательнымъ послѣдствіямъ. Ибо первоначальное установленіе совокупнаго залога вызоветъ неопредѣленность отношеній между собственниками заложенныхъ недвижимостей, какъ только послѣднія перестанутъ находиться въ рукахъ одного лица. Что же касается дробленія недвижимостей, то оно отнюдь не облегчается, а напротивъ, затрудняется установленіемъ солидарной отвѣтственности, такъ какъ послѣдняя никоимъ образомъ не можетъ служить приманкой для пріобрѣтателей дробныхъ частей. Наконецъ, создаваемая будто бы при посредствѣ совокупнаго залога большая обезпеченность залогодержателя можетъ быть достигнута также и другимъ путемъ, въ частности, посредствомъ установленія въ другихъ недвижимостяхъ должника кредитнаго залога на случай непокрытія требованія при публичной продажѣ первой недвижимости. Совокупный залогъ, напротивъ, приводитъ, съ одной стороны, къ чрезмѣрному использованию кредита должникомъ, а съ другой — къ притѣсненіямъ его кредиторомъ.

Однако, это отрицательное отношеніе къ спорному институту не было проведено послѣдовательно членами меньшинства. А именно, когда обсужденіе коснулось вопроса

---

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 313 сл.

о возникновеніи совокупной ипотеки вслѣдствіе раздѣла недвижимости, то противъ признанія этого института возражалъ уже лишь одинъ членъ редакціонной комиссіи <sup>1)</sup>).

Къ противникамъ совокупнаго залога присоединился рядъ критиковъ, указанія коихъ вошли въ Сводъ Замѣчаній <sup>2)</sup>, и въ результатъ проектъ 1896 г. въ посвященномъ матеріальному праву раздѣлѣ о немъ умолчалъ, но сохранилъ, тѣмъ не менѣе, постановленія проекта 1893 г., согласно которымъ совокупный залогъ можетъ возникать при раздѣлѣ недвижимости. Въ Объясненіяхъ <sup>3)</sup> же приводятся рядомъ аргументы прежняго большинства въ пользу совокупнаго залога, возникающаго вслѣдствіе раздѣла заложенной недвижимости, и аргументы прежняго меньшинства противъ первоначальнаго его установленія.

Не лишено интереса, при этомъ, то обстоятельство, что въ проектѣ 1896 г. допущеніе солидарнаго залога является результатомъ уже единогласнаго постановленія комиссіи <sup>4)</sup>. И при дальнѣйшемъ разсмотрѣніи проекта противъ такого рѣшенія также не выдвигаются возраженія — таковыхъ не имѣется ни въ отзывахъ вѣдомствъ, ни въ Журналѣ Особой Комиссіи <sup>5)</sup>. Не возражалъ въ своей запискѣ и министръ юстиціи и благодаря этому, въ результатъ окончательный проектъ ВУ. усвоилъ ту же точку зрѣнія, какъ предыдущіе проекты <sup>6)</sup>.

А именно, если отъ обремененнаго залогомъ имѣнія отдѣляется участокъ, съ тѣмъ ли, чтобы завести для него особую вотчинную книгу и превратить его такимъ путемъ въ самостоятельную недвижимость, или съ тѣмъ, чтобы

1) Объясненія 1893 г. II, стр. 162 сл.

2) Св. Зам., №№ 156—161, 324,1—326.

3) Объясненія 1896 г. I, стр. 329 сл., 331 сл.

4) Объясненія 1896 г. II, стр. 158 сл.

5) Ср. Ж. О. К., стр. 254 сл.

6) Ст. 209, 210.

присоединить его къ другой недвижимости, свободной отъ обремененій, то, по проекту ВУ., наступаетъ солидарная отвѣтственность первоначальнаго имѣнія и новаго — за исключеніемъ, разумѣется, того случая, когда стороны условились объ иномъ. Другими словами, здѣсь создается совокупная ипотека, въ силу которой вѣритель можетъ обратиться въ полное суммѣ своего требованія на любую изъ двухъ недвижимостей.

Слѣдуетъ, впрочемъ, добавить, что возникновеніе совокупнаго залога, кромѣ того, мыслимо и въ случаѣ, предусмотрѣнномъ ст. 218. Въ ней идетъ рѣчь о соединеніи двухъ недвижимостей, изъ которыхъ каждая обременена ипотеками, и тутъ стороны должны согласиться о старшинствѣ послѣднихъ. Постановленія проекта, при этомъ, не препятствуютъ примѣненію по аналогіи ст. 209, — хотя здѣсь остается мѣсто свободному толкованію и, разумѣется, трудно предвидѣть, какъ отнесется къ этому вопросу практика. Но даже независимо отъ этого, нельзя не считаться съ возможностью, что совокупный залогъ, не смотря на то, что первоначальное его установленіе не допускается, сыграетъ на практикѣ довольно значительную роль, благодаря тому, что дробленіе имѣній есть явленіе далеко нерѣдкое<sup>1)</sup>.

При этомъ, необходимо обратить вниманіе и на то обстоятельство, что, въ виду отсутствія въ проектѣ оговорокъ, форму совокупнаго залога могутъ принять, вслѣдствіе дробленія недвижимости, какъ ипотека обратная, такъ и кредитная и принудительная. Правда, по отношенію къ послѣдней въ проектѣ имѣется ст. 58, воспреещающая уста-

1) Стоить выдѣлить покойщееся, очевидно, на практическомъ опытѣ замѣчаніе редактора швейцарскаго уложенія, имѣющее въ *Erläuterungen* III, S. 222 flg.: „Dazu kommt, dass solche Zerteilungen ziemlich häufig eintreten und tatsächlich eine viel grössere praktische Tragweite besitzen, als die Frage der anfänglichen Errichtung eines Grundpfandes mit mehreren Grundstücken sie beanspruchen kann“. Можно предполагать, что это замѣчаніе не менѣе правильно и для Россіи.

новленіе ея въ нѣсколькихъ недвижимостяхъ безъ раздѣла требованія на части по числу имѣній. Но это касается, конечно, лишь первоначальнаго установленія совокупнаго залога и категорическое предписаніе ст. 209 не оставляетъ сомнѣній въ томъ, что ст. 58 къ послѣдствіямъ дробленія недвижимости не относится<sup>1)</sup>).

Получившійся, такимъ образомъ, результатъ едва ли можетъ быть признанъ удачнымъ. Не говоря даже о томъ, что подобное признаніе особаго вида залогового права, при-мѣняемаго лишь въ нѣкоторыхъ частныхъ случаяхъ, мало удовлетворительно уже съ чисто систематической точки зрѣнія, необходимо сказать, прежде всего, что нельзя согласиться съ исходной точкой, избранной по этому вопросу редакціонной комиссіей. Дѣло въ томъ, что она признаетъ совокупный залогъ исключительно для того, чтобы облегчать дробленіе недвижимостей.

Между тѣмъ, дробленіе недвижимостей, независимо отъ безспорно правильнаго стремленія къ насажденію средняго и мелкаго землевладѣнія, далеко не есть явленіе безусловно желательное и заслуживающее во всякомъ случаѣ поощренія со стороны законодательства<sup>2)</sup>. Тутъ все зависитъ отъ

1) Слѣдуетъ обратить вниманіе и на то обстоятельство, что ст. 58 имѣлась, въ нѣсколько иной редакціи, уже въ проектѣ 1893 г., въ качествѣ ст. 57. Тутъ она устанавливала различіе между принудительнымъ залогомъ съ одной стороны, и оборотнымъ и кредитнымъ, съ другой, такъ какъ послѣдніе могли, въ силу ст. 52, устанавливаться въ видѣ совокупнаго залога. Между тѣмъ, съ отпаденіемъ, уже въ проектѣ 1896 г., первоначальнаго совокупнаго залога, могла отпасть, въ сущности, и ст. 57 проекта 1893 г. Однако, ее сохранили, въ нѣсколько измѣненной редакціи какъ ст. 54, измѣняя соотвѣтственно также и Объясненія — ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 337 сл. съ Объясненіями 1896 г. I, стр. 342 сл. Въ результатъ, она перешла и въ окончательный проектъ. — Уже изъ этой исторической справки явствуетъ, что нынѣшняя ст. 58 не имѣетъ, по намѣреніямъ составителей проекта, отношенія къ вопросу о послѣдствіяхъ дробленія недвижимости.

2) Достаточно напомнить о проявляющемся уже давно на Западѣ, а за послѣднее время и у насъ стремленіи къ предупрежденію чрезмѣр-

условія даннаго случая, отъ величины и экономическаго характера даннаго имѣнія. Въ виду этого, законодательство и не можетъ преслѣдовать въ этой области разъ на всегда опредѣленную цѣль. Поэтому, допущеніе совокупной ипотеки и не должно мотивироваться стремленіемъ къ облегченію дробленія — причемъ, впрочемъ, нельзя не повторить поставленнаго уже въ средѣ редакціонной комиссіи вопроса, дѣйствительно ли привлечетъ покупателей отдѣляемыхъ участковъ возложеніе на нихъ солидарной отвѣтственности за нерѣдко весьма крупные долги главнаго имѣнія.

Въ виду этого, вопросъ о желательности этого института долженъ разсматриваться совершенно независимо отъ вопроса о желательности дробленія недвижимостей.

Если же это такъ, то необходимо принять во вниманіе цѣлый рядъ обстоятельствъ, говорящихъ не въ пользу совокупной ипотеки. Она затемняетъ картину правового положенія недвижимости, даваемую вотчинной книгой. Она создаетъ сложныя правоотношенія. Она, наконецъ, ухудшаетъ положеніе должника и она изъемлетъ изъ оборота, въ большинствѣ случаевъ, безъ всякой нужды, долю цѣнности недвижимостей, обремененныхъ ею. А единственно положительною ея стороною является увеличеніе обеспеченности вѣрителя — однако, за счетъ интересовъ должника.

При такихъ условіяхъ, естественно, возникаетъ вопросъ, не лучше ли отказаться отъ этого института. Въ самомъ дѣлѣ, почему бы не стать на точку зрѣнія, нашедшую защитниковъ уже въ средѣ редакціонной комиссіи и въ средѣ первыхъ критиковъ проекта? Почему бы не требовать, въ случаѣ раздѣла недвижимости, распредѣленія залогового бремени по отдѣльнымъ, вновь образовавшимся имѣніямъ? Подобный вопросъ является тѣмъ болѣе обоснованнымъ, что

---

наго дробленія мелкой земельной собственности. Ср. мое изслѣдованіе „Реформа наслѣдованія въ крестьянской недвижимости“, Ж. М. Ю. 1910, 10. См. также ниже, § 97.

поземельный оборотъ въ Россіи до сихъ поръ, несмотря на недостаточное обезпеченіе интересовъ вотчиннаго вѣрителя по дѣйствующему праву, обходился, безъ подобнаго института<sup>1)</sup> 2).

Наряду съ залогомъ поручительнымъ и совокупнымъ, слѣдуетъ рассмотреть, наконецъ, тотъ видъ залога, который проектомъ называется залогомъ доходовъ имѣнія.

Въ самомъ проектѣ ВУ. этому виду посвящена всего одна статья и одна часть другой еще статьи. Именно, ст. 51 гласитъ: „Къ залогу доходовъ имѣній заповѣдныхъ (зак. гражд., ст. 489, 1069, 1211, 1212 и 1641) имѣютъ соотвѣтственное примѣненіе правила о залогѣ недвижимыхъ имѣній“. Затѣмъ, во второй части ст. 98 сказано, что „въ случаѣ залога доходовъ заповѣднаго имѣнія, взысканіе можетъ быть обращено только на эти доходы“.

Больше въ проектѣ ВУ. о залогѣ доходовъ не говорится и лишь въ проектѣ ППВ. имѣются ст. 237—243, нормирующія порядокъ взысканія съ доходовъ имѣнія<sup>3)</sup>.

1) Ср. X т. 1 ч., ст. 1644.

2) Въ связи съ этимъ можно отмѣтить, что швейцарское уложеніе относится, въ общемъ, отрицательно къ совокупному залогу. Оно, правда, допускаетъ первоначальное установленіе его, однако лишь въ двухъ случаяхъ, а именно, во-первыхъ, по отношенію къ участкамъ, находящимся въ собственности одного лица, и во-вторыхъ, по отношенію къ участкамъ, находящимся въ собственности солидарныхъ должниковъ. Но, вмѣстѣ съ тѣмъ, оно принимаетъ всѣ зависящія отъ него мѣры къ тому, чтобы совокупность ипотеки прекратилась, какъ только данныя недвижимости переходятъ въ другія руки. Ср. ZGB. 798, 833, 846, 852, а также Erläuterungen III, S. 220 flg., Wieland, Sachenrecht къ ук. ст. — Въ противоположность этому, BGB. 1132 допускаетъ установленіе совокупной ипотеки безъ всякихъ ограниченій. Интересно, при этомъ, то, что составители проектовъ германскаго уложенія цивильно-политическими вопросами по этому поводу вовсе не задавались, ср. Motive III, S. 668, 682 flg., Protokolle III, 568, 573 flg., Denkschrift S. 223 flg. Благодаря такому отношенію къ дѣлу, рѣшеніе германскаго уложенія и не можетъ служить аргументомъ въ пользу допущенія совокупнаго залога.

3) Ср. Объясненія къ проекту ППВ. 1893 г., стр. 282 сл., 1896 г., стр. 308 сл., Ж. О. К., стр. 476 сл.

Подобная скудость постановлений производит нѣсколько необычное впечатлѣніе въ виду того, что проектъ, въ общемъ, грѣшитъ скорѣе многословіемъ, чѣмъ лаконичностью. Въ самомъ дѣлѣ, редакціонная комиссія предполагала нормировать залогъ доходовъ нѣсколько пространнѣе и лишь особая комиссія произвела урѣзки. Но и предположенія редакціонной комиссії давали не особенно много — въ проектѣ 1893 г. нынѣшняя ст. 51<sup>1)</sup> гласила: „Залогъ не можетъ быть установленъ на имѣніяхъ заповѣдныхъ и маіоратныхъ. Дозволяется лишь закладывать доходы съ заповѣдныхъ имѣній въ случаяхъ, указанныхъ въ законѣ. Къ залогу доходовъ заповѣднаго имѣнія примѣняются общія правила о залогѣ недвижимыхъ имѣній“. Нынѣшняя же ст. 98,2<sup>2)</sup> имѣла въ проектѣ 1893 г. то же самое содержаніе, какъ въ проектѣ 1907 г.

Предположенія комиссії встрѣтили довольно рѣшительный отпоръ со стороны критики<sup>3)</sup>. Было указано на то, что по отношенію къ заповѣднымъ имѣніямъ, изъятымъ изъ вотчиннаго оборота, недостижима цѣль залога, такъ какъ они публичной продажѣ не подлежатъ. Залогъ же доходовъ, съ теоретической точки зрѣнія, не можетъ быть подведенъ подъ нормы о залогѣ недвижимостей. А съ практической точки зрѣнія, онъ приводитъ къ неудовлетворительнымъ результатамъ. Въ крайнемъ случаѣ, этотъ институтъ могъ бы быть предметомъ спеціальнаго закона.

Эти соображенія, покоящіяся, впрочемъ, на недоразумѣніи, вызванномъ незнакомствомъ съ сущностью такъ наз. залога доходовъ, не оказали вліянія на редакціонную комиссію. Отверженныя критикой статьи были введены снова, въ неизмѣненномъ видѣ, въ проектъ 1896 г.<sup>4)</sup>

1) Ст. 46 по проекту 1893 г.

2) Ст. 95,2 по проекту 1893 г.

3) Св. Зам., №№ 145, 146.

4) Ст. 45 и 97,2.

Однако, особая комиссія <sup>1)</sup> отбросила двѣ первыя фразы, входившія въ нынѣшнюю ст. 51, опираясь, при этомъ, на то, что закономъ 25 мая 1899 г. введенъ институтъ временно-заповѣдныхъ имѣній, залогъ которыхъ въ извѣстныхъ случаяхъ разрѣшается. Вслѣдствіе этого пришлось бы специализировать рассматриваемое постановленіе. Но въ задачи ВУ. не входитъ нормировка подобныхъ частныхъ случаевъ. А такъ какъ, кромѣ того, невозможность залога маіоратныхъ и вѣчно-заповѣдныхъ имѣній явствуетъ изъ особыхъ постановленій о нихъ, то наиболѣе цѣлесообразнымъ является, по мнѣнію особой комиссіи, сохраненіе лишь послѣдней фразы даннаго постановленія, причемъ, однако, особая комиссія измѣнила ея редакцію, придавъ ей тотъ видъ, который нынѣ имѣетъ ст. 51.

Такова исторія возникновенія ст. 51 и 98,2. Но ни она, ни соображенія авторовъ этихъ постановленій не даютъ отвѣта на одинъ вопросъ, котораго нельзя не поставить, т. е. на вопросъ, что же, въ сущности, представляетъ собой залогъ доходовъ?

Этотъ вопросъ остается совершенно незатронутымъ какъ въ Объясненіяхъ редакціонной комиссіи, такъ и въ Журналѣ Особой Комиссіи. Въ нихъ, впрочемъ, не затрагивается и вопросъ о гражданско-политическомъ значеніи этого института. Въ Объясненіяхъ <sup>2)</sup> все сводится къ перефразировкѣ статей проекта, а въ Журналѣ <sup>3)</sup> говорится лишь о необходимости редакціонной ихъ переработки. При такихъ условіяхъ, вполне возможно, и даже вѣроятно, что и практика, послѣ вступленія въ силу ВУ., пойдетъ по пути, указанному критиками перваго проекта и станетъ недоумѣвать, какимъ образомъ нормы о залогѣ недвижимости могутъ найти соотвѣтствующее примѣненіе къ залогу доходовъ и

1) Ср. Ж. О. К., стр. 136 сл.

2) Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 293 сл., 1896 г. I, стр. 311 сл.

3) Ср. Ж. О. К., стр. 136 сл.

какимъ образомъ вообще можно установить ипотеку въ доходахъ имѣнія.

Между тѣмъ, вопросъ этотъ гораздо менѣе сложенъ, чѣмъ можетъ показаться. Дѣло въ томъ, что такъ наз. залогъ доходовъ есть тотъ же залогъ самой недвижимости съ тѣмъ, однако, что взысканіе можетъ быть направлено только противъ доходовъ, а не противъ самой недвижимости. Другими словами, вѣритель отказывается отъ права требовать публичной продажи недвижимости и ограничивается требованіемъ учрежденія понудительнаго управленія заложенной недвижимостью. Но во всѣхъ прочихъ отношеніяхъ права кредитора остаются незатронутыми. Въ частности, онъ пользуется, какъ всякій другой кредиторъ, правомъ воспрепятствовать ухудшенію имѣнія и приступить къ взысканію до наступленія срока, въ случаѣ, предусмотрѣнномъ въ ст. 83 ВУ. Такъ на этотъ вопросъ смотритъ литература германскаго права <sup>1)</sup> и подобная конструкція является, дѣйствительно, единственно возможною.

Если стать на эту точку зрѣнія, то слѣдуетъ сказать, что соотвѣтствующія постановленія проекта редактированы не особенно удачно. Было бы безспорно лучше, если бы въ самомъ проектѣ выступало правильное воззрѣніе на сущность залога доходовъ. Но съ другой стороны, слѣдуетъ признать, что и нынѣшняя формулировка можетъ не препятствовать достиженію цѣлесообразныхъ результатовъ.

Можно прибавить, что въ необходимости признанія этого вида ипотеки не можетъ быть сомнѣнія, пока существуетъ институтъ маіоратныхъ и вѣчно-заповѣдныхъ имѣ-

---

1) Ипотека доходовъ признавалась прусскимъ Земскимъ правомъ I, 20, § 26. Въ германское уложеніе она не вошла — ср. Motive III, S. 633 flg., но BGB. EG. 60 признала допустимость установленія ея и впредь, насколько территоріальные законы сохраняютъ ее, т. е. фактически лишь въ предѣлахъ Пруссіи, такъ какъ прочія союзныя государства не признаютъ этого института. Ср. Dernburg, Preuss. Hypothekenrecht II, S. 164 flg., Sachenrecht, S. 455 flg., 696, 752, Wolff, Sachenrecht, S. 302, 497.

ній. Въ интересахъ достиженія извѣстныхъ народно-хозяйственныхъ цѣлей<sup>1)</sup> можно было бы даже пожелать, чтобы была признана его примѣнимость также и къ другимъ недвижимостямъ, въ частности, къ другимъ сельско-хозяйственнымъ имѣніямъ. Связанныя съ этимъ затрудненія, на которыя указывается въ Объясненіяхъ<sup>2)</sup> и которыя сводятся въ возможности столкновенія между залогомъ доходовъ и обыкновенными залоговыми правами, можно было бы, безъ сомнѣнія, устранить<sup>3)</sup>. Но неустранимымъ было бы затрудненіе, заключающееся въ томъ, что едва ли найдутся капиталисты, все равно, частныя лица или ипотечные банки, которые согласились бы помѣщать свои деньги въ ипотекахъ такого рода. А благодаря этому, поставленный вопросъ лишенъ практическаго значенія.

### § 67. Вотчинный долгъ.

Современныя законодательства признають, какъ извѣстно<sup>4)</sup>, наряду съ ипотекой, также и абстрактное обремененіе недвижимости, не находящееся въ зависимости отъ обязательственнаго требованія. Въ противоположность имъ, нашъ проектъ ВУ. относится совершенно отрицательно къ этому институту. При этомъ, рѣшающее значеніе придается составителями проекта не какимъ либо конструктивнымъ соображеніямъ, а напротивъ, тому обстоятельству, что вотчинный долгъ, по ихъ мнѣнію, содѣйствуетъ въ нежелательной мѣрѣ мобилизаціи недвижимости. Правда, они подчасъ допускають, въ своихъ разсужденіяхъ на эту тему, не совсѣмъ

1) Ср. ниже, § 96.

2) Объясненія 1863 г. I, стр. 295, 1896 г. I, стр. 312.

3) Это могло бы быть достигнуто путемъ признанія, что вѣритель по залогоу доходовъ получаетъ удовлетвореніе наравнѣ съ прочими вѣрителями, изъ цѣны, вырученной публичною продажей, если послѣдняя производится по требованію кредитора личнаго или по залогоу нормальному. Ср. Dernburg, Preuss. Hypothekenrecht II, S. 168 flg.

4) См. выше, §§ 50, 61.

обычную погрѣшность, отождествляя неоднократно вотчинный долгъ съ ипотекой собственника<sup>1)</sup>, не имѣющей ничего общаго съ первымъ ни съ конструктивной, ни съ цивильно-политической точки зрѣнія. Но независимо отъ этого, высказываемый въ матеріалахъ къ проекту принципиальный взглядъ на институтъ, признанный лучшими современными кодексами, представляетъ немалый интересъ, какъ самъ по себѣ, такъ и въ виду вызваннаго имъ отрицательнаго отношенія самаго проекта къ этому институту.

Если ознакомиться съ соображеніями, которыя выставляются, по этому поводу, редакціонною комиссіей<sup>2)</sup> и которыя, впрочемъ, повторяются особою комиссіей<sup>3)</sup>, то оказывается, что комиссія исходила изъ мысли, что „подобная форма поземельнаго кредита, имѣющая цѣлью облегчить и упростить помѣщеніе капиталовъ, по своимъ практическимъ послѣдствіямъ пріобрѣтаетъ значеніе вотчинныхъ векселей“. Редакціонная же комиссія придерживалась мнѣнія, что съ введеніемъ „вотчинной системы на основаніи гласности, безповоротности и спеціальности“ „наше залоговое право будетъ въ достаточной степени развито для поднятія поземельнаго кредита“ и что введеніе такого института, какимъ является вотчинный долгъ, было бы „небезопасно“ въ виду новизны всей вотчинной системы. А далѣе, комиссія ссылается на то, что ни въ Царствѣ Польскомъ, ни въ Прибалтійскомъ краѣ не ощущается потребности въ вотчинномъ долгѣ, несмотря на то, что въ нихъ уже давно дѣйствуетъ ипотечная система. Кромѣ того, институтъ вотчиннаго долга, по утвержденію комиссії, играетъ на практикѣ весьма незначительную роль даже въ Пруссіи.

Нельзя не признать, что опасенія комиссії отчасти не

---

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 370, 371, 373, 1896 г. I, стр. 380, 381, Ж. О. К., стр. 180.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 272, 1896 г. I, стр. 290.

3) Ж. О. К., стр. 119 сл., 122.

лишены основанія. Съ абстрактнымъ характеромъ вотчиннаго долга, безспорно, связана нѣкоторая опасность такъ же, какъ вообще со всѣми абстрактными сдѣлками. Но съ другой стороны, нельзя не сослаться на аргументъ, выдвинутый, по этому поводу, уже мотивами къ германскому гражданскому уложенію<sup>1)</sup>. Въ нихъ, именно, имѣется совершенно правильное указаніе на то, что законодательство, признающее всеобщую векселеспособность и вообще принципиальную дѣйствительность абстрактныхъ обязательствъ, не можетъ отклонить вотчинный долгъ изъ за опасенія возможныхъ злоупотребленій. И въ самомъ дѣлѣ, трудно понять, отчего землевладѣльцы, какъ таковые, должны были бы нуждаться въ опецѣ со стороны закона въ высшей мѣрѣ, чѣмъ всѣ прочіе граждане.

Далѣе, нельзя не обратить вниманія и на то, что, по системѣ какъ новѣйшихъ западныхъ уложеній, такъ и нашего проекта ВУ., обратная ипотека не очень отличается отъ вотчиннаго долга. Лишь только кредиторомъ выступаетъ третій добросовѣстный и возмездный приобрѣтатель правъ по залогу, какъ, съ извѣстной точки зрѣнія и притомъ, именно, съ той, которая имѣетъ значеніе въ настоящую минуту, различіе между ипотекой и вотчиннымъ долгомъ совершенно исчезаетъ: собственникъ лишается возможности защищаться возраженіемъ о недѣйствительности обязательственнаго требованія<sup>2)</sup>. И хотя, съ конструктивной точки зрѣнія, и можно считать спорнымъ вопросъ о томъ, превращается ли ипотека при подобныхъ условіяхъ въ вотчинный долгъ<sup>3)</sup>, результатъ, во всякомъ случаѣ, получается одинъ и тотъ же. Собственнику приходится отвѣчать по ипотекѣ такъ же, какъ онъ отвѣчалъ бы по абстрактному

---

1) BGB. Motive III, S. 610.

2) ВУ. 107, ср. выше, §§ 53, 63.

3) Ср. выше, § 49.

обремененію недвижимости и первоначальная аксессуарность ея не приносить ему никакой пользы.

Исно, что именно въ этомъ заключается пресловутая опасность вотчиннаго долга. А слѣдовательно, за этимъ моментомъ трудно признать рѣшающее значеніе по вопросу о желательности или нежелательности введенія въ проектъ спорнаго института.

Затѣмъ слѣдуетъ выдвинуть еще одно обстоятельство, которое, съ практической точки зрѣнія, пожалуй, еще болѣе важно. Оно заключается въ томъ, что вѣритель по вотчинному долгу, благодаря абстрактному характеру своего права, не имѣетъ личнаго иска къ собственнику обремененной недвижимости или, вообще, къ должнику. Другими словами, по вотчинному долгу существуетъ исключительно предметная отвѣтственность. А это заслуживаетъ вниманія съ двойкой точки зрѣнія.

Во-первыхъ, благодаря этому отпадаетъ возможность извѣстныхъ, весьма вредныхъ злоупотребленій при публичной продажѣ заложенной недвижимости, легко развивающихся, какъ показываетъ опытъ Западной Европы, а въ частности, Германіи, на почвѣ личной отвѣтственности<sup>1)</sup>. Во-вторыхъ же, нельзя не считаться и съ тѣмъ, что господствовавшая до сихъ поръ въ русскомъ правѣ чисто предметная отвѣтственность по залогоу дополняется въ проектѣ субсидіарною личною отвѣтственностью должника<sup>2)</sup>. Именно это обстоятельство говоритъ не въ малой мѣрѣ въ пользу вотчиннаго долга. Правда, и въ настоящее время на практикѣ, какъ извѣстно, весьма часто, путемъ соглашенія между сторонами, устанавливается такая же субсидіарная личная отвѣтственность по залогоу. Но все же не слѣдуетъ упускать изъ вниманія того, что населеніе привыкло преимущественно

1) См. ниже, § 90.

2) ВУ. 101, ср. ниже, § 88 сл.

къ предметной отвѣтственности. И нѣтъ, очевидно, причинъ, говорящихъ противъ того, чтобы законодательство предоставило на выборъ обороту двѣ формы обремененія недвижности, изъ которыхъ лишь одна связана съ личною отвѣтственностью.

Такимъ образомъ, покоящійся на принципіальныхъ соображеніяхъ аргументъ редакціонной комиссіи противъ вотчиннаго долга не можетъ быть признанъ убѣдительнымъ. Что же касается ея ссылокъ на примѣръ окраинныхъ областей, то онѣ обладаютъ еще меньшимъ вѣсомъ. Ощущается ли въ Польшѣ и въ Прибалтійскомъ краѣ потребность въ институтѣ вотчиннаго долга, — это совершенно неизвѣстно и едва ли можетъ быть выяснено инымъ путемъ, какъ введеніемъ его. Нѣсколько большею убѣдительностью обладаютъ указанія комиссіи на опытъ Пруссіи. Но по отношенію къ нимъ слѣдуетъ сказать, съ другой стороны, что приводимыя цифры<sup>1)</sup>, касающіяся времени отъ 1877—1884 г., относятся къ времени, нѣ очень отдаленному отъ момента введенія спорнаго института, когда публика не успѣла еще привыкнуть къ нему. А далѣе, необходимо принять въ соображеніе и то, что эти цифры касаются только города Берлина. Между тѣмъ, кредитныя потребности городского населенія совершенно иныя, чѣмъ потребности сельскаго, и непопулярность вотчиннаго долга въ Берлинѣ нисколько не доказываетъ его непопулярности у собственниковъ сельско-хозяйственныхъ недвижимостей и у вѣрителей этой категоріи лицъ. Наконецъ, слѣдуетъ сказать, что, даже при этихъ условіяхъ, отношеніе внесенныхъ въ книги вотчинныхъ долговъ къ ипотекамъ колебалось по числу между 2,46% и 7,3%, а по суммѣ — между 2,005% и 13,25%. Эти числа, кажется, доказываютъ, что все же есть извѣстное тяготѣніе къ этой формѣ реального кредита. И можно, безъ сомнѣнія, предъявлять къ за-

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 273 прим., 1896 г. I, стр. 291 прим.

конодателью требованіе, чтобы онъ пошелъ ему навстрѣчу, если это можетъ быть достигнуто безъ всякихъ затрудненій, путемъ введенія въ законъ всего нѣсколькихъ статей<sup>1)</sup>.

Правда, съ другой стороны, отнюдь не приходится отрицать, что и по болѣе новымъ и касающимся уже всей Германской имперіи, хотя бы менѣе точнымъ свѣдѣніямъ, имѣющимся въ литературѣ<sup>2)</sup>, не можетъ быть рѣчи о приобрѣтеніи вотчиннымъ долгомъ одинаковаго съ ипотекой значенія. Послѣдняя, безспорно, далеко преобладаетъ. Но тутъ все же большую роль играютъ территоріальныя различія. Извѣстно, напр., что вотчинный долгъ широко примѣняется въ одномъ изъ сѣверо-германскихъ государствъ, а именно въ Мекленбургѣ, въ которомъ реальный кредитъ играетъ вообще большую роль, благодаря чему Мекленбургъ и являлся долгое время передовымъ въ Германіи государствомъ въ области залогового законодательства. Тамъ вотчинный долгъ встрѣчается, повидимому, даже чаще, чѣмъ ипотека. Слѣдовательно, ясно, что сравнительно небольшая популярность его въ Пруссіи или въ Берлинѣ и, можно прибавить, полная его непопулярность въ Южной Германіи нисколько не исключаютъ возможности, что ему суждено, можетъ быть, сыграть большую роль въ Россіи. Законодатель, при новизнѣ всего этого дѣла у насъ, никоимъ образомъ не можетъ предвидѣть, въ какомъ направленіи разовьется оборотъ. Поэтому было бы весьма неосторожно, если бы онъ преградилъ ему извѣстные пути.

Можно, впрочемъ, указать въ пользу вотчиннаго долга также и на то, что онъ пользуется въ Швейцаріи большимъ распространеніемъ. Правда, господствующія тамъ своео-

1) Вотчинному долгу въ BGB. посвящено всего 8 статей.

2) Nussbaum, Deutsches Hypothekenwesen, S. 134 flg. Ср. также Wolff, Sachenrecht, S. 456. — Сказанное въ текстѣ о роли вотчиннаго долга въ Мекленбургѣ покоится, впрочемъ, отчасти и на личныхъ наблюденіяхъ автора.

бразныя экономическія условія позволили придать ему такую форму, какая у насъ совершенно немислима. Какъ было упомянуто выше <sup>1)</sup>, вотчинный долгъ, носящій тамъ названіе Gült, можетъ быть установленъ лишь въ суммѣ, не превышающей двухъ третей цѣнности недвижимости, установленной путемъ официальной оцѣнки. За вѣрность же оцѣнки отвѣчаетъ государство <sup>2)</sup>. Этимъ, конечно, акту по вотчинному долгу придается такая надежность, которая приближаетъ его къ государственнымъ цѣннымъ бумагамъ. При такомъ положеніи поземельнаго кредита неудивительно, если авторъ объясненій къ проекту швейцарскаго уложенія мечтаетъ о дальнѣйшемъ развитіи института вотчиннаго долга, долженствующемъ привести, въ концѣ концовъ, къ достиженію всеобщаго идеала реального кредита, къ полному сосредоточенію его въ рукахъ государства <sup>3)</sup>.

Нельзя, такимъ образомъ, не признать, что вопросъ о желательности или нежелательности введенія въ нашъ проектъ вотчиннаго долга не долженъ считаться рѣшеннымъ на основаніи приводимыхъ въ матеріалахъ соображеній. Ни указанія на абстрактный характеръ его, ни тѣ совершенно недостаточныя фактическія данныя, на которыя опирается редакціонная комиссія, не обладаютъ для этого необходимою убѣдительностью. Правда, съ другой стороны, слѣдуетъ признать, что желательность спорнаго института вообще можетъ быть доказана только практическимъ опытомъ. Но такъ какъ вся проблема, въ сущности, сводится къ вопросу о томъ, нуждается ли оборотъ въ этомъ институтѣ, то самымъ цѣлесообразнымъ и осторожнымъ было бы, повидимому, посвятить вотчинному долгу нѣсколько статей въ проектѣ и предоставить рѣшеніе самой жизни. Если соотвѣтствен-

1) См. § 61.

2) ZGB. 848, 849. Cp. Rümelin, Der Vorentwurf zu einem SZGB., S. 129.

3) Erläuterungen III, S. 204 flg., 176<sup>o</sup> flg.

ныя постановленія останутся на бумагѣ, то отъ этого никакого вреда ни произойдетъ. Напротивъ, непризнание вотчиннаго долга можетъ чувствительно отозваться на кредитномъ оборотѣ.

### § 68. Выводы.

Если подвести итоги сказанному въ настоящей главѣ, то получается слѣдующій результатъ.

Проектъ не представляетъ системы залоговыхъ правъ въ общепринятомъ смыслѣ. Онъ не даетъ классификаціи ихъ по видамъ, согласно ихъ сущности и содержанію. Онъ, напротивъ, кладетъ въ основаніе своего подраздѣленія субъективный критерій, относящійся то къ волѣ должника, то къ волѣ вѣрителя, критерій, имѣющій для даннаго залогового права значеніе преимущественно историческое. Между тѣмъ, путемъ изслѣдованія нормъ проекта можно выяснитъ, что проектъ знаетъ три вида ипотеки, а именно, ипотеку оборотную, принудительную и кредитную.

Если, однако, всмотрѣться ближе въ сущность этихъ видовъ, то приходится признать, что залогъ принудительный и залогъ кредитный представляютъ собой ничто иное, какъ подвиды одного общаго вида, каковымъ является залогъ обезпечительный или акцессорный. Ибо сила и содержаніе ихъ опредѣляются одинаково тѣмъ обстоятельствомъ, что они находятся въ строгой зависимости отъ того обязательственнаго требованія, въ обезпеченіе котораго они установлены. Различіе же проводится между ними въ одномъ лишь отношеніи: принудительный залогъ не пользуется безповоротностью. Но это — сингулярность, не затрагивающая самой его сущности.

При такихъ условіяхъ, приходится говорить уже лишь о двухъ основныхъ видахъ залогового права, признаваемыхъ нашимъ проектомъ, о залогѣ оборотномъ и о залогѣ обезпечительномъ. При этомъ, послѣдній распадается на два

подвида, а именно, на залогъ кредитный и залогъ принудительный. Что же касается ипотеки оборотной, то она можетъ быть актовою или книжною, причемъ, однако, сущность ея остается неизмѣнной. Все различіе между этими подвидами сводится къ различію въ формахъ распоряженія залоговымъ правомъ. Оборотная же ипотека и кредитная могутъ быть установлены въ обезпеченіе не только собственнаго долга, но также и чужого. Въ такомъ случаѣ онѣ представляютъ собой разновидность, носящую названіе поручительнаго залога.

Наконецъ, слѣдуетъ отмѣтить еще и то, что, при наличности извѣстныхъ условій, всѣ предусмотрѣнные проектомъ виды ипотеки могутъ принять форму залога совокупнаго.

Критерій, на которомъ строится система проекта, является, такимъ образомъ, всетаки тѣмъ же, которымъ пользуются западныя законодательства. Т. е. въ основу классификаціи кладется соотношеніе между залоговымъ правомъ и обязательственнымъ требованіемъ, которое имъ обезпечивается. Это, разумѣется, вполнѣ правильно. Но приходится пожалѣть о томъ, что редакціонная комиссія пользовалась этимъ критеріемъ какъ бы безсознательно и инстинктивно, не выяснивъ себѣ, что онъ вообще играетъ роль въ этой области и что онъ играетъ роль рѣшающую. И неудовлетворительная формулировка нормъ, а также прочіе редакціонныя недостатки являются, въ значительной степени, послѣдствіемъ, именно, неясной постановки этого основного вопроса.

Съ другой стороны, слѣдуетъ сказать, что система проекта не вполнѣ удовлетворительна и внѣ зависимости отъ этого момента. Сомнѣнія, вызываемыя непризнаніемъ вотчиннаго долга, могутъ быть оставлены, при этомъ, въ сторонѣ. Можно даже подчеркнуть еще особо, что противъ сущности главнаго вида залогового права, каковымъ является оборотная ипотека, возражать не приходится и что даже, напротивъ, слѣдуетъ привѣтствовать рѣшеніе составителей проекта реципировать этотъ необходимый по условіямъ

современнаго поземельнаго кредита институтъ. Но нельзя не высказаться, въ двухъ отношеніяхъ, противъ той нормировки, которую получила обезпечительная ипотека.

Дѣло въ томъ, что проектъ признаетъ, во-первыхъ, только необходимую обезпечительную ипотеку въ томъ смыслѣ, что требованія опредѣленнаго рода могутъ быть обезпечены только ею. Напротивъ, добровольная обезпечительная ипотека неизвѣстна проекту и благодаря этому становится невозможнымъ примѣнить ее къ требованіямъ, не вытекающимъ изъ судебного рѣшенія, существующимъ уже въ моментъ установленія залога и опредѣленнымъ по суммѣ. Между тѣмъ вполне мыслимо, что стороны, благодаря наличности тѣхъ или иныхъ условій, не пожелаютъ создать оборотной ипотеки, а напротивъ, пожелаютъ поставить данный залогъ въ полную зависимость отъ обязательственнаго требованія. И нѣтъ, очевидно, никакихъ причинъ, по которымъ законодателью слѣдовало бы отказывать населенію въ удовлетвореніи подобной потребности<sup>1)</sup>.

Во-вторыхъ, нельзя не указать на то, что слѣдовало бы предписать примѣненіе необходимой обезпечительной ипотеки еще къ одному виду требованій, а именно, къ требованіямъ изъ бумагъ ордерныхъ, въ частности изъ векселей, и изъ бумагъ на предъявителя. Уже выше<sup>2)</sup> пришлось упомянуть о томъ, что для обезпеченія подобныхъ требованій акцессорная ипотека является единственно подходящею

1) Допуская установленіе обезпечительной ипотеки лишь въ указанныхъ узкихъ рамкахъ, редакціонная коммиссія находилась, повидимому, подъ вліяніемъ прусскаго EEG. 24, ср. Dernburg, Preuss. Hypothekenrecht II, S. 198 flg., въ русской литературѣ ср. Кассо, Понятіе о залогѣ, стр. 156. На неудовлетворительность постановленій прусскаго права было обращено вниманіе при составленіи германскаго уложенія — ср. BGB. Mot. III, S. 627 flg., Prot. III., S. 680 flg., 689. См. впрочемъ, также ZGB. Erläuterungen III, S. 191 flg. Ср. кромѣ того, интересныя сообщенія, имѣющіяся въ Nussbaum, Deutsches Hypothekenwesen, S. 119 flg., о роли обезпечительной ипотеки въ великомъ герцогствѣ Ваденѣ.

2) § 61.

формой. На этотъ вопросъ, къ сожалѣнiю, не обращено вниманiя ни въ проектѣ, ни въ матеріалахъ къ нему. Такое умолчанiе, насколько дѣло идетъ о прочихъ, кромѣ векселей, цѣнныхъ бумагахъ, объясняется, быть можетъ, тѣмъ, что составители проекта имѣли въ виду исключительно землевладѣнiе физическихъ лицъ. Между тѣмъ слѣдовало, безспорно, считаться, съ одной стороны, также и съ землевладѣнiемъ юридическихъ лицъ, напр., акціонерныхъ компаній, для которыхъ можетъ оказаться необходимымъ обезпечить выдаваемые ими на предъявителя или ордерныя обязательства залогомъ принадлежащихъ имъ недвижимостей<sup>1)</sup>. А съ другой стороны, частныя лица могутъ испытывать потребность пользоваться вексельнымъ кредитомъ подъ обезпеченiе залогомъ недвижимости. При нынѣшнихъ постановленiяхъ проекта, однако, ни то, ни другое не окажется возможнымъ или будетъ сопряжено, по крайней мѣрѣ, съ серьезными затрудненiями.

Эти два дополненiя безспорно необходимы для повышенiя практическихъ достоинствъ нашего проекта. Правда, результатомъ ихъ введенiя будетъ почти полное совпаденiе системы залоговыхъ правъ нашего будущаго ВУ. съ системой германскаго уложенiя. Благодаря этому, стремленiе редакціонной комиссiи къ созданiю болѣе простой и ясной системы окажется не достигнутымъ своей цѣли. Но жалѣть объ этомъ едва ли пришлось бы. Не говоря даже о томъ, что система, принятая германскимъ, а вслѣдъ за нимъ и нивейцарскимъ уложенiемъ, вовсе не столь сложна и неясна, какъ казалось нашей комиссiи, слѣдуетъ сказать, во всякомъ случаѣ, что она заслуживаетъ предпочтенiя передъ предположенiями проекта. Сѣгласно имъ, получились, въ области обезпечительной ипотеки, вмѣсто одного цѣльнаго, хотя, въ соотвѣтствiи съ требованiями оборота, и сложнаго института,

1) Ср. BGB. Protokolle III, S. 667, Denkschrift des BR., S. 226 flg.

какія то *disjecta membra* этого же института, два будто бы самостоятельных вида ипотеки, до того неясно изложенныхъ, что ихъ сущность можетъ быть установлена только при помощи обстоятельныхъ изслѣдованій и, къ тому же, далеко не удовлетворяющихъ требованіямъ оборота.

Въ виду всего этого приходится, въ заключеніе, высказать пожеланіе, чтобы при окончательной обработкѣ проекта послѣдовалъ отказъ отъ стремленія къ самостоятельной нормировкѣ видовъ залогового права, а въ частности, обезпечительной ипотеки и чтобы, при этомъ, былъ использованъ, по возможности, примѣръ западныхъ уложеній, покоящихся на многолѣтнемъ практическомъ опытѣ странъ съ развитымъ поземельнымъ кредитомъ <sup>1)</sup>.

---

1) Слѣдуетъ обратить, по этому поводу, вниманіе на то, что германское уложеніе излагаетъ въ первую голову ипотеку оборотную, какъ нормальный видъ, а затѣмъ трактуетъ объ акцессорной, какъ исключеніи. Швейцарское, напротивъ, исходитъ отъ акцессорной ипотеки, какъ наиболѣе простомъ видѣ. Который изъ этихъ приѣмовъ болѣе удаченъ, можетъ быть предметомъ спора. Но если считаться съ тѣмъ, что нашъ проектъ будетъ примѣняться въ первое время людьми, въ общемъ, мало знакомыми съ принципами современнаго вотчиннаго права, то, кажется, предпочтенія заслуживаетъ методъ швейцарскаго уложенія, такъ какъ онъ, очевидно, облегчаетъ усвоеніе труднаго предмета.

## Старшинство залоговыхъ правъ.

### § 69. Общія положенія.

Изложенію общихъ положеній о старшинствѣ залоговыхъ правъ проектъ посвящаетъ особое отдѣленіе, включающее въ себѣ не менѣе пяти довольно обширныхъ статей. Слѣдуетъ, однако, сказать, что выраженные въ нихъ нормы, въ сущности, совершенно излишни. Правда, исключеніе ихъ возможно только при томъ условіи, чтобы постановленія о старшинствѣ вотчинныхъ правъ, имѣющіяся въ Введеніи къ проекту, были дополнены и переработаны въ направленіи, указанномъ въ своемъ мѣстѣ<sup>1)</sup>. Въ противномъ случаѣ, сохраненіе нѣкоторыхъ изъ нихъ, хотя и далеко не всѣхъ, остается желательнымъ. Но въ исправленіи они нуждаются также и въ такомъ случаѣ.

Ст. 63 повторяетъ общій принципъ, согласно которому соотношеніе между залоговыми правами, обременяющими одну недвижимость, опредѣляется временемъ внесенія ихъ въ вотчинную книгу. Но она высказывается нѣсколько точнѣе, чѣмъ ст. 12, устанавливающая тотъ же принципъ для всѣхъ вообще вотчинныхъ правъ. Она признаетъ рѣшающее значеніе уже не просто за временемъ внесенія, а за днемъ внесенія. А далѣе, она прибавляетъ, что старшинство залоговыхъ правъ, внесенныхъ въ одинъ и тотъ же день,

---

1) См. выше, т. I, § 27.

опредѣляется послѣдовательностью внесенія, если только въ книгѣ не оговорено, что должно соблюдаться иное старшинство.

По поводу этого послѣдняго замѣчанія нельзя не сказать, что оно редактировано не вполне удачно. Дѣло въ томъ, что предусмотрѣнная здѣсь оговорка рассчитана, по словамъ Объясненій<sup>1)</sup>, на два случая, во-первыхъ, на тотъ, когда стороны условились о томъ, чтобы вносимыя въ одинъ и тотъ же день ипотеки пользовались равнымъ старшинствомъ, и во-вторыхъ, на тотъ, когда старшинство опредѣляется, по соглашенію заинтересованныхъ лицъ, не въ порядкѣ послѣдовательности внесенія. Между тѣмъ, второй случай вовсе не можетъ наступать. Насколько имѣетъ мѣсто соглашеніе сторонъ, заключенное до внесенія одного изъ залоговыхъ правъ, то оно должно привести, очевидно, къ тому, чтобы самое внесеніе производилось уже въ условленномъ порядкѣ, или чтобы вносились отмѣтки о сохраненіи старшинства на основаніи ст. 68 сл. Если же соглашеніе было заключено уже послѣ внесенія одной изъ данныхъ ипотекъ, то имѣется на лицо ничто иное, какъ уступка старшинства. А тогда слѣдуетъ внести въ книгу не особую оговорку, а статью объ уступкѣ старшинства на основаніи ст. 65.

Такимъ образомъ, оговорка можетъ имѣть только одно содержаніе, сводящееся къ признанію равнаго старшинства за внесенными въ одинъ день залоговыми правами. И нѣтъ причины, по которой ст. 63 не должна бы выражать это прямо.

Далѣе, слѣдуетъ отмѣтить полную нендобность указанія ст. 63 на то, что старшинство залога опредѣляется днемъ внесенія, „независимо отъ того, будетъ ли залоговое право внесено въ видѣ записи или отмѣтки, обращенной впослѣд-

---

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 356, 1896 г. I, стр. 366.

ствіи въ запись“. Этимъ затрагивается вопросъ, ничего общаго съ ученіемъ о старшинствѣ не имѣющей, а относящійся всецѣло къ ученію о значеніи и силѣ вотчинныхъ отмѣтокъ. Въ самомъ дѣлѣ, это правило и высказывается уже въ ст. 13 и его повтореніе въ ст. 64 совершенно неумѣстно<sup>1)</sup>.

Что касается, затѣмъ, единственно новаго, съ точки зрѣнія матеріальнаго права, постановленія ст. 63, не высказаннаго еще въ статьяхъ, помѣщенныхъ въ Введеніи, а именно, постановленія о соотношеніи между правами, внесенными въ книгу въ одинъ и тотъ же день, то редакціонная комиссія особо указываетъ въ Объясненіяхъ<sup>2)</sup> на то, что этотъ вопросъ можетъ быть рѣшаемъ двоякимъ образомъ. Кромѣ принятой проектомъ нормировки мыслимо, именно, и то, что за подобными правами признается одинаковое старшинство. По этому пути пошло, напр., германское уложеніе<sup>3)</sup>. Но трудно не согласиться съ утвержденіемъ Объясненій, что такое рѣшеніе менѣе цѣлесообразно. Въ частности, вѣри-тель, благодаря ему, въ моментъ внесенія не можетъ быть увѣреннымъ въ томъ, что пріобрѣтенное имъ старшинство не будетъ ухудшено вслѣдствіе внесенія новой ипотеки еще въ тотъ же самый день. Равно нельзя не сознать, что подобная нормировка вообще открываетъ путь къ злоупотребленіямъ со стороны собственника.

Неудачной и излишней, даже независимо отъ пробѣловъ Введенія, является ст. 64. Первая фраза ея гласитъ, что одинаковымъ съ капитальною суммою старшинствомъ пользуются наросшіе за послѣдніе два года проценты и из-

1) Ср. выше, т. I, §§ 24, 25.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 355 сл., 1896 г. I, стр. 365 сл.

3) См. BGB. 879. ZGB. 972, ср. Verordn. betr. das Grundbuch 27 вызываетъ нѣкоторыя сомнѣнія — см., съ одной стороны, Erläuterungen III, S. 410, съ другой — Wieland, Sachenrecht ad 972, P. 2, Ostertag, Sachenrecht ad 972, P. 5. Первое изъ этихъ двухъ воззрѣній, согласно которому рѣшеніе швейцарскаго уложенія совпадаетъ съ изложеннымъ въ текстѣ рѣшеніемъ нашего проекта, отвѣчаетъ, кажется, лучше словамъ ст. 972.

держки взысканія, а при залогѣ имѣнія въ кредитномъ установленіи также и пеня за просрочку.

Если сопоставить эту часть ст. 64 со ст. 77, то оказывается, что онѣ вполне совпадаютъ, съ той лишь разницей, что послѣдняя точнѣе опредѣляетъ размѣръ издержекъ взысканія и что въ ней капитальной суммѣ залогового требованія отведенъ особый пунктъ, между тѣмъ какъ въ ст. 64 о ней упоминается лишь мимоходомъ. Этимъ, а также ссылкой на ст. 77, имѣющей въ ст. 64, вызывается впечатлѣніе, поддерживаемое, впрочемъ, и отношеніемъ къ обѣимъ статьямъ Объясненій<sup>1)</sup>, что редакціонная комиссія желала регулировать ех professo затронутый вопросъ въ ст. 77, между тѣмъ какъ ст. 64 вводится въ проектъ только потому, что этотъ вопросъ имѣетъ прикосновеніе также и къ принципу старшинства. Повидимому, именно это соображеніе побудило комиссію помѣстить соотвѣтствующую норму также и въ отдѣленіи 5, посвященномъ ученію о старшинствѣ.

Ясно, что такой взглядъ ошибоченъ и что проведеніе его должно дать совершенно нецѣлесообразные результаты. Въ данномъ случаѣ можно спорить о томъ, гдѣ слѣдуетъ урегулировать этотъ вопросъ, въ отдѣлѣ ли о старшинствѣ или въ отдѣлѣ объ отвѣтственности заложенной недвижимости. Но разъ комиссія приняла рѣшеніе въ смыслѣ второй изъ этихъ двухъ возможностей, то ей ни въ коемъ случаѣ не слѣдовало повторить соотвѣтствующую норму, хотя бы въ нѣсколько сокращенномъ видѣ, еще одинъ разъ<sup>2)</sup>. Это является рѣзкимъ нарушеніемъ правилъ законодательной экономіи.

---

1) Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 357 сл. и 382 сл., 1896 г. I, стр. 367 сл. и 393 сл.

2) Впрочемъ, какъ указано выше, т. I, § 31, въ Введеніи была бы умѣстна особая статья, нормирующая вопросъ о старшинствѣ просроченныхъ за послѣдніе два года періодическихъ платежей, обременяющихъ недвижимость.

Нельзя оправдать введенія въ проектъ первой фразы ст. 64 и утвержденіемъ, что она необходима въ качествѣ предпосылки для второй фразы. Ибо эта фраза, какъ было указано выше, въ связи съ разсмотрѣніемъ ст. 30<sup>1)</sup>, столь же излишняя, какъ первая, хотя и по другимъ причинамъ.

Дѣло въ томъ, что фраза эта содержитъ постановленіе, разумѣющееся само собой. Если, именно, проценты, просроченные болѣе чѣмъ за два года, будутъ внесены въ вотчинную книгу особою статьей, то безъ всякихъ словъ ясно, что старшинство ихъ опредѣляется временемъ внесенія статьи о нихъ. Тутъ, очевидно, устанавливается залогъ, ничего общаго не имѣющій съ залогомъ въ обезпеченіе главнаго требованія. И разумѣется, никакого сомнѣнія не можетъ быть въ томъ, что этотъ залогъ подчиняется общимъ нормамъ вотчиннаго права, а слѣдовательно, въ частности, и нормамъ, вытекающимъ изъ принципа старшинства. Это признавала, впрочемъ, и сама редакціонная комиссія, указавшая въ Объясненіяхъ<sup>2)</sup>, что возможность установленія подобнаго залога „вытекаетъ сама собою изъ правила ст. 48 настоящаго проекта<sup>3)</sup> 4), по которой добровольный залогъ можетъ быть установленъ въ обезпеченіе всякаго денежнаго требованія, изъ какого бы источника оно ни возникло“<sup>5)</sup>.

При такихъ условіяхъ, очевидно, не приходится гово-

1) См. выше, т. I, § 31.

2) Объясненія 1893 г. I, стр. 357 сл., 1896 г. I, стр. 368.

3) Ст. 52 проекта 1907 г.

4) Такъ какъ въ текстѣ ст. 64 говорится и о добровольномъ и о принудительномъ залогѣ, то въ видахъ точности слѣдовало сослаться, кромѣ того, еще на ст. 55 проекта ВУ.

5) Объясненія тутъ же указываютъ и на то, что, въ случаѣ недействительности главнаго требованія, погашенію подлежитъ также и особая статья о залогѣ, обезпечивающемъ просроченные проценты. Это, конечно, правильно, такъ какъ изъ недействительности главнаго требованія логически вытекаетъ недействительность и требованія о процентахъ. А по нашему проекту, какъ извѣстно, недействительность обезпечиваемаго требованія вызываетъ недействительность также и залогового права, пока оно не покрыто публичной вѣрой вотчинной книги.

рить о необходимости или даже желательности сохраненія ст. 64 — объ содержащіяся въ ней фразы совершенно излишни.

Однако, если выдвинутая редакціонною комиссіей норма о процентахъ по залоговому требованію подлежитъ исключенію, то на ея мѣсто слѣдовало бы поставить другую, которая дѣйствительно отвѣчала бы потребностямъ и отсутствіе которой не можетъ быть восполнено практикой.

Дѣло въ томъ, что иногда можетъ ощущаться желательность или даже необходимость измѣненія, а въ частности, повышенія размѣра процентовъ. По общимъ принципамъ вотчиннаго права оно недопустимо или, точнѣе, необязательно для послѣдующихъ вѣрителей<sup>1)</sup>. Благодаря этому, проценты, насколько они превышаютъ внесенный первоначально размѣръ, не будутъ пользоваться старшинствомъ передъ требованіями послѣдующихъ вѣрителей. И, въ общемъ, это будетъ совершенно правильно. Но вмѣстѣ со сдѣлками, направленными во вредъ послѣдующимъ вѣрителямъ, станутъ невозможными и такія сдѣлки, въ которыхъ оборотъ нуждается и которыя ничьихъ интересовъ не нарушаютъ. Нерѣдко, именно, бываютъ случаи, въ которыхъ умѣренное повышеніе процентовъ является необходимымъ: конъюнктура денежнаго рынка измѣняется, и вѣритель отказывается отъ востребованія капитала только при условіи соотвѣтствующаго повышенія процентовъ. Ясно, что допущеніе подобной сдѣлки необходимо въ интересахъ должника. Оно, кромѣ того, младшимъ кредиторамъ не только не причиняетъ вреда, если дѣло идетъ о повышеніи умѣренномъ, а напротивъ, предохраняя экономическое положеніе должника отъ потрясеній, косвенно отзывается даже выгодно на ихъ интересахъ.

При этомъ разумѣется само собой, что такое повышеніе процентовъ должно допускаться лишь въ строго опредѣлен-

1) Ср. ВУ. 12.

ныхъ границахъ, въ соотвѣтствіи съ обычными колебаніями ипотечнаго рынка. Германское и швейцарское уложенія <sup>1)</sup> разрѣшаютъ, поэтому, повышеніе процентовъ безъ согласія послѣдующихъ кредиторовъ до 5%. У насъ придется допустить, вѣроятно, болѣе большой процентъ, размѣры котораго должны быть фиксированы по указаніямъ лицъ, знакомыхъ съ условіями ипотечнаго оборота. Но опредѣленіе этого размѣра есть уже вопросъ чисто техническій. Въ принципиальной же необходимости соотвѣтствующей нормы не можетъ быть сомнѣнія.

Послѣднія статьи отдѣленія 5 трактуютъ объ уступкѣ старшинства, причемъ ст. 65 предусматриваетъ уступку, происходящую между залоговыми правами. Напротивъ, ст. 67 устанавливаетъ, въ скрытой формѣ, уступку старшинства залоговымъ вѣрителемъ въ пользу вновь устанавлиаемаго права въ чужой недвижимости, подлежащаго внесенію въ третій отдѣлъ вотчинной книги. Ст. 66 же подготавливаетъ почву этому постановленію, регулируя соотношеніе между правами третьяго и четвертаго отдѣла.

Содержаніе ст. 65 сводится къ тому, что уступка старшинства въ пользу нижестоящаго или вновь устанавлиаемаго <sup>2)</sup> залога допускается по соглашенію между обоими вѣрителями. Послѣдствіемъ ея является то, что нижестоящій или новый залогъ пріобрѣтаетъ старшинство уступившаго и притомъ въ предѣлахъ суммы, на которую простирается уступка. Другими словами, нѣтъ необходимости въ томъ,

1) BGB. 1119, ZGB. 818, 2.

2) Проекты 1893 г. и 1896 г. допускали уступку старшинства исключительно въ пользу вновь устанавлиаемаго залога, мотивируя это ограниченіе опасеніемъ излишняго осложненія оборота — ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 359 сл., 1896 г. I, стр. 369 сл. Противъ этого ограниченія имѣется возраженіе уже въ Св. Зам., № 171. Къ нему присоеди- нился министръ юстиціи въ своемъ ставкѣ, стр. 7. Особая комиссія признала возраженіе основательнымъ и внесла въ проектъ соотвѣтствующее измѣненіе — ср. Ж. О. К., стр. 151.

чтобы обмѣнивающіяся старшинствомъ требованія были одинаковой величины. Мыслимо и то, чтобы уступка простиралась лишь на части того и другого требованій.

Наконецъ, въ ст. 65 сказано еще, что „уступка старшинства должна быть внесена въ вотчинную книгу и отмѣчена на залоговыхъ актахъ, если они были выданы“.

Это послѣднее правило формулировано въ высокой степени неудачно. Внесеніе статьи объ уступкѣ въ вотчинную книгу и учиненіе соответствующей отмѣтки на актѣ ставится какъ бы на одну доску. Между тѣмъ, они имѣютъ далеко не одинаковое значеніе. Внесеніе въ книгу является условіемъ вотчинной силы уступки, другими словами, безъ него вообще нѣтъ уступки въ смыслѣ вотчиннаго права. Отмѣтка же на актѣ такого значенія не имѣетъ и если она не будетъ сдѣлана, то это можетъ вызвать рядъ другихъ юридическихъ послѣдствій, но не можетъ привести къ недѣйствительности сдѣлки или къ необязательности ея для пріобрѣтателя акта. Для избѣжанія недоразумѣній<sup>1)</sup> слѣдовало бы отбросить упоминаніе о вотчинной книгѣ. Указаніе на залоговой актѣ, напротивъ, должно остаться, если только въ проектъ не будетъ введено постановленіе, согласно которому принципиально отмѣчаются на актѣ всѣ измѣненія, касающіяся залогового права, по которому онъ выданъ<sup>2)</sup>.

Но это лишь вопросъ редакціи. Что же касается сущности ст. 65, то даже излишне говорить, что основная ея мысль вполне правильна: уступка старшинства есть институтъ совершенно необходимый въ практическихъ видахъ, особенно въ виду того, что кредитныя установленія, какъ извѣстно, оказываютъ кредитъ только подъ обезпеченіе первой ипотекой. Благодаря этому, при недопущеніи уступки старшинства,

1) Разсматриваемый оборотъ можетъ вызвать даже впечатлѣніе, будто измѣненіе правоположенія происходитъ независимо отъ внесенія и будто послѣднее служить лишь оглашенію совершившагося измѣненія.

2) О желательности введенія подобной статьи см. ниже, § 73.

собственнику, воспользовавшемуся сначала частнымъ кредитомъ, пришлось бы отказаться отъ использованія болѣе дешеваго и выгоднаго банковаго кредита. Впрочемъ, наряду съ этимъ, вполне мыслимы и случаи, когда, по тѣмъ или инымъ причинамъ, является желательнымъ обмѣнъ старшинствомъ между двумя уже ранѣ установленными частными ипотеками.

Однако, при ознакомленіи со ст. 65, поражаетъ то обстоятельство, что въ ней не упомянуто о необходимости согласія на уступку старшинства со стороны собственника, а также другихъ кредиторовъ. Правда, необходимость его можетъ быть выведена изъ общихъ принциповъ вотчинной системы. Ибо интересы какъ перваго, такъ и послѣднихъ, безспорно, затрагиваются, какъ только условія повышающагося залоговаго требованія менѣе выгодны для собственника, чѣмъ условія уступающаго. А такъ какъ вопросъ о наличности такого отношенія между обоими требованіями весьма часто можетъ вызвать споры, то, въ видахъ осторожности и для избѣжанія недоразумѣній, слѣдовало бы установить разъ на всегда, что для уступки старшинства необходимо согласіе собственника, а также тѣхъ кредиторовъ, ипотеки коихъ занимаютъ по старшинству мѣсто между повышающейся и уступающей ипотеками<sup>1)</sup>.

Но, къ сожалѣнію, слѣдуетъ сказать, что и введеніе въ ст. 65 только что указанныхъ поправокъ не привело бы къ вполне удовлетворительному результату. Таковой могъ бы быть достигнутъ только тогда, когда содержаніе ея было бы расширено въ томъ смыслѣ, что взаимная уступка старшинства допустима не только въ отношеніи ипотекъ между собой, но также и въ отношеніи правъ третьяго отдѣла между собой и въ отношеніи ипотекъ и этихъ правъ<sup>2)</sup>. Нынѣшнее же положеніе дѣлъ не только неудовлетворительно само по себѣ,

1) См. BGB. 880, 2, 5. ZGB. не высказывается прямо по этому вопросу. Но ср. Ostertag, Sachenrecht ad 963, P. 36.

2) Ср. выше, т. I, § 27.

но кромѣ того, приводить къ тому, что проектъ вынужденъ создать въ скрытой и недоразвитой формѣ суррогатъ общей уступки старшинства.

Этой, именно, цѣли служатъ ст. 66 и 67, причемъ первая изъ нихъ даетъ общее правило о соотношеніи между правами третьяго и четвертаго отдѣловъ: взаимное старшинство „опредѣляется временемъ внесенія въ вотчинную книгу“. Излишне говорить, что этой нормѣ мѣсто не въ отдѣленіи, посвященномъ ученію о старшинствѣ залоговыхъ правъ, а въ Введеніи къ проекту. Что же касается ст. 67, то она постановляетъ, что ипотечный вѣритель „не можетъ пользоваться старшинствомъ“, если онъ изъявилъ „согласіе“ на установленіе въ данной недвижимости права, вносимаго въ третій отдѣлъ вотчинной книги.

Ясно, что это „согласіе“ есть ничто иное, какъ уступка старшинства и не вполне понятно, отчего оно не называется прямо уступкой<sup>1)</sup>. Но кромѣ того, слѣдуетъ отмѣтить, что подобная уступка предусматривается проектомъ только со стороны залога въ пользу права въ чужой недвижимости, но не предусматривается для противоположнаго случая, т. е. въ пользу залога. Между тѣмъ, можно предполагать, что послѣдняя окажется на практикѣ столь же необходимой или, быть можетъ, даже болѣе необходимой.

Нельзя не пожелать, чтобы эти недостатки были исправлены и чтобы, затѣмъ, ст. 67, вмѣстѣ со ст. 66, была переведена въ Введеніе. При этомъ вторая фраза ея, по которой „согласіе это обязательно для лица, возмездно пріобрѣтшаго въ послѣдствіи залоговое требованіе, лишь въ томъ случаѣ, если внесено въ вотчинную книгу или было извѣ-

1) Редакціонная комиссія не замѣтила, очевидно, этого совпаденія и пожелала подчинить согласіе ипотечнаго кредитора предписаніямъ ст. 142 ВУ. Поэтому, она и не считала обязательнымъ внесеніе въ вотчинную книгу подобнаго согласія. Ср. Объясненія 1893 г. I, стр. 363 сл. 1896 г. I, стр. 374 сл.

стно приобрѣтателю“, должна бы совершенно отпастъ. Это правило, редактированное, къ тому же, крайне неудовлетворительно, непосредственно вытекаетъ изъ принципа публичной вѣры вотчинной книги и нѣтъ, поэтому, никакой необходимости особо выставлять его.

Итакъ, въ результатѣ приходится сказать, что все отдѣленіе 5 главы IV въ высокой степени неудовлетворительно. Оно могло бы отпастъ цѣликомъ, если бы помѣщенные въ Введеніи нормы о старшинствѣ вотчинныхъ правъ и объ уступкѣ старшинства были редактированы сколько нибудь удачно. И на мѣсто всѣхъ пяти статей этого отдѣленія должна была бы поступить всего одна, касающаяся вопроса о повышеніи процентовъ по обезпеченному залогомъ требованію. Но и для этой статьи было бы нетрудно отыскать мѣсто въ одномъ изъ другихъ отдѣленій.

#### **§ 70. Сохраненіе старшинства и ипотека собственника.**

Въ тѣсной связи съ вопросомъ о старшинствѣ залоговыхъ правъ находится вопросъ о сохраненіи старшинства для предстоящихъ залоговъ и объ ипотекахъ собственника. Мимоходомъ уже приходилось указывать на то, что экономическія соображенія дѣлаютъ желательнымъ прикрѣпленіе каждой ипотеки къ старшинству, опредѣленному разъ на всегда. И при современномъ взглядѣ на сущность залогового права, подобное прикрѣпленіе не представляетъ, съ конструктивной точки зрѣнія, затрудненій<sup>1)</sup>. Но оно является невозможнымъ, если залогъ признается правомъ вещнымъ и строго акцессорнымъ. Однако, и тѣ законодательства, которыя занимаютъ такую точку зрѣнія, признаютъ необходимость достигнуть тѣхъ же результатовъ, хотя бы въ менѣе совершенномъ видѣ и обходнымъ путемъ.

Подобная же необходимость имѣлась на лицо также и

1) Ср. выше, §§ 48 сл.

для нашего проекта, благодаря принципиальному его взгляду на сущность залога. Редакціонная комиссія не могла допустить, чтобы погашеніе залога повело къ замѣщенію освободившагося мѣста слѣдующею затѣмъ ипотекой. Въ этомъ заключалось бы безосновательное причиненіе ущерба собственнику и доставленіе столь же необоснованной выгоды младшимъ кредиторамъ. Ибо большому риску, сопряженному съ послѣдующею ипотекой, соотвѣтствуютъ и болѣе выгодныя для кредитора условія сдѣлки. Если же условія даннаго обязательственнаго требованія рассчитаны на вторую или третью ипотеку, то, очевидно, несправедливо обезпечивать его первой ипотекой. Необходимо считаться и съ тѣмъ, что для должника будетъ сравнительно нетрудно найти новаго кредитора подъ обезпеченіе первой ипотекой. Но нахожденіе новаго кредитора подъ послѣдующую ипотеку можетъ быть весьма затруднительно и сопряжено, во всякомъ случаѣ, съ установленіемъ опять таки болѣе отяготительныхъ условій.

Сознавая наличность такого положенія, редакціонная комиссія сопоставляетъ нормы западно-европейскихъ законодательствъ, касающіяся этого вопроса, и приходитъ къ заключенію, что тутъ имѣются три системы<sup>1)</sup>.

По первой изъ нихъ, принятой саксонскимъ и баварскимъ законами, собственникъ можетъ, при установленіи договорнаго залога, выговорить себѣ право распорядиться, въ границахъ опредѣленной суммы, старшинствомъ, предшествующимъ этому залогу, въ пользу одного или нѣсколькихъ залоговъ, устанавливаемыхъ впослѣдствіи. Это — система сохраненія старшинства для предстоящаго залога.

Въ дальнѣйшее развитіе ея выставлена мекленбургскимъ правомъ и принята, съ нѣкоторыми модификаціями, австрійскимъ правомъ система сохраненія мѣста. Сущность ея за-

1) Объясненія 1893 г. I, стр. 366 сл., 1896 г. I, стр. 377 сл.

# УЧЕНЫЯ ЗАПИСКИ

## ИМПЕРАТОРСКАГО

### ЮРЬЕВСКАГО УНИВЕРСИТЕТА

выходятъ съ 1893 г. въ неопредѣленные сроки, не менѣе 4 разъ въ теченіе года.

**Ученыя Записки** распадаются на два отдѣла: офиціальныи и научныи.

Въ офиціальнои отдѣлѣ помѣщается годовои отчетъ Университета, актовыя рѣчи, отзывы о диссертацияхъ, обзорѣніе лекцій и т. п.

Въ научномъ отдѣлѣ помѣщаются работы преподавателей Университета; изъ студенческихъ же работъ печатаются (по возможности въ извлеченіи) лишь сочиненія, удостоенныя золотои медали.

Научныя статьи **Ученыхъ Записокъ** печатаются какъ на русскомъ языкѣ, такъ и на одномъ изъ болѣе распространенныхъ западно-европейскихъ языковъ, а также на латинскомъ, по выбору автора.

Подписка принимается Правленіемъ Императорскаго Юрьевскаго Университета.

Подписная цѣна 6 руб. въ годъ.

Редакторъ **Д. Кудрявскій.**

---